



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الحاج لخضر باتنة-1-



نيابة العمادة لما بعد التدرج
والبحث العلمي والعلاقات الخارجية

كلية العلوم الإسلامية
قسم الشريعة

أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية
تخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ الدكتور:

عزوز مناصرة

إعداد الطالب:

بعلي لحسن

لجنة المناقشة

| الاسم واللقب | الدرجة العلمية | الجامعة | الصفة |
|-------------------|----------------|---------------------------------|--------|
| عبد المجيد بوكركب | أستاذ | جامعة باتنة-1- | رئيسا |
| عزوز مناصرة | أستاذ | جامعة باتنة-1- | مقررا |
| الخامسة مذكور | أستاذ | جامعة باتنة-1- | ممتحنا |
| إبراهيم رحامي | أستاذ | جامعة الوادي | ممتحنا |
| حمد بوجمعة | أستاذ محاضر(أ) | جامعة المسيلة | ممتحنا |
| حبيبة رحابي | أستاذ | جامعة الأمير عبد القادر-قسنطينة | ممتحنا |

السنة الجامعية: 1443-1444هـ / 2022-2023م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الهدى

إلى صاحب الشريعة نبيّ الهدى؛ من لولاه ما اهتدينا ولا

صلينا ولا درينا ما الكتاب ولا الإيمان

إلى من حملتني وهنا ووضعتني كرها وأرضعتني وليدا

وربتني صغيرا.

إلى روح والدي الذي خاض الحياة وذاق طعم المشقة

ليُذيقنا طعم السعادة، ويمنحنا كريم العيش.

إلى إخوتي و أخواتي الذين جمعني بهم سقف واحد.

إلى زوجتي الغالية أم أمجد يمان التي هبات لي أسباب

البحث وشجعتني على إتمامه، وتحملت انشغالي عنها.

إلى ثمرات الفؤاد وأكبادنا التي تمشي على الأرض: أمجد

يمان، لجين سهى، نوران.

إلى كل من علمني حرفا وأفادني حكمة

إليهم جميعا أهدي هذا الجهد المتواضع

شكر وتقدير

الشكر كله لله؛ عاطره وأوفاه؛ على ما من به عليّ من توفيق وسداد وإرشاد، فله الحمد والثناء

على كرم التيسير لإتمام هذا البحث.

ولا يسعني بعد حمد الله وشكره إلا أن أتوجه بخالص الشكر وعظيم التقدير لكل من أسهم من

قريب أو بعيد في إنجاز هذا البحث، وأخصّ بالذكر الأستاذ الدكتور: **عزوز مناصرة**، على

تكرّمه بقبول الإشراف والتوجيه لهذه الأطروحة؛ فكان رعاه الله -أمّوذجاً ومثالاً للصدق والتواضع

ولين الجانب، وسعة الصدر، والصبر على هفوتي وجفوتي، رغم انشغالاته الكثيرة ومسؤولياته

العديدة، ولقد استفدتُ من توجيهاته القيمة ونصائحه الثمينة وآرائه الوجيهة، فجزاه الله عني وعن

طلبة العلم خير الجزاء.

كما لا يفوتي أن أتقدم بخالص شكري لجميع الأساتذة الذين تتلمذت على أيديهم، ونهلت من

مشاربهم، فكانوا مفاتيح خير ومصايح أنارت لنا الدرب،

كما أشكر أعضاء لجنة المناقشة الذين بذلوا كل جهودهم في قراءة المذكرة وتسجيل الملاحظات،

وتحديد مواطن النقص والخلل.

كما لا أنسى كل من أسهم في مدّ يد العون من قريب أو بعيد لإنجاز هذه الأطروحة، وأخصّ

بالذكر: -الدكتور ميلود بن حوحو.

وأسأل الله جلّ وعلا أن يرزقنا التوفيق والسداد، وأن يحررنا من كل سلطان إلا سلطان العلم، إنه

على ذلك قدير وبالإجابة جدير ولا حول ولا قوة إلا بالله.

مفتق

مقدمة:

الحمد لله الذي منّ علينا بشريعة الإسلام، وخصّنا ببعثة نبيّ الرّحمة ورسول السّلام، المبعوث بشيرا ونذيرا لجميع الأنام، الدّاعي إلى اتباع السنن والأخذ بالأحكام، أحمدته سبحانه حمد معترف بأنعمه الجسام، وأشكره شكر مُقرّ بالتقصير على الدّوام، وأسأله المزيد من الطّول والإنعام، وأصليّ وأسلم على سيدنا محمد، نبيّ المحبّة والوحدة والوئام، وعلى آله وأصحابه الأئمة الأعلام، ومن سار على هديهم واقتفى أثرهم إلى يوم البعث والقيام، أمّا بعد:

لما كانت الشريعة الإسلامية خاتمة للشرائع السماوية؛ اقتضت حكمة الله ﷻ أن تكون موصوفة بالكمال والوضوح والشّمول والانسجام والتناغم مع الفطرة التي فطر الناس عليها، ممّا يجعلها مؤهلة لإصلاح الخلق والزّمان والمكان، مراعية مصالح الخلق، مع العناية والتنظيم لكلّ المجالات، من خلال مرونة أحكامها، وإحكام نصوصها، وانتظام قواعدها، وتآلف مقاصدها. ومن ذلك اهتمامها بتنظيم العقود والتصرفات؛ فالشريعة شرّعت العقود وسائل لبلوغ غايات نبيلة، وتحقيق مقاصد جليلة، وتحصيل مصالح العباد، في التوازن بين المتعاقدين ابتداءً وانتهاءً، وإقامة العدل ومنع المنازعات، وحماية الحقوق المالية وحفظها ومنع الاعتداء عليها. بيد أنّ هذه الرّعاية والعناية لأحكام العقود؛ لم تكن مقتصرةً على إنشاء العقود حال قيامها، بل تعدّته لتشمل ما يترتّب على فسخ العقود قوامها، واختلال أحد أركانها، بسبب حدوث ظروف تؤثر على أركان العقد، فلا يستطيع المدين الوفاء بالتزامه المتفق عليه في العقد. ومن هنا جاءت الدّراسة لتسلّط الضوء على الآثار التي تنتج عن هلاك محلّ العقد أو تلفه في عقود المعاوضات المالية؛ لأنّ المعقود عليه هو لبّ العقد وجوهره والغاية من إنشائه،

أولاً: إشكالية الموضوع

إنّ دراسة أيّ موضوع من مواضيع الفقه الإسلامي - لا سيما ما يتعلق بالمعاملات المالية- مع عقد المقارنة بالقوانين الوضعية يثير عنصراً جوهرياً، وهو مدى نجاح المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، وذلك للتباين في المصدر، واختلاف منهج فقهاء الشريعة الإسلامية في نظرهم لأركان العلاقة التعاقدية.

ومن خلال البحث والاطلاع والنظر في عناصر الدّراسة؛ يمكن ضبط إشكالية الموضوع وصياغتها كالآتي: إلى أيّ مدى يمكن لهلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات أن يؤثر في العلاقة التعاقدية، وفي التزامات أطرافها؟

ويندرج تحت هاته الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية، وهي:

أ- ما مدى تأثير هلاك محل العقد في عقد البيع على انفساخ العقد؟ ومن يتحمل تبعه هلاك المعقود عليه؟

ب- هل لهلاك العين المؤجّرة في إجارة الأعيان أثر على عقد الإيجار؟ وما مدى تضمين المؤجر والمستأجر؟

ج- ما هو أثر هلاك ما تحت يد الأجير في إجارة الأشخاص على العقد، وإلى أيّ مدى يمكن تضمين الأجير؟

د- ما أثر هلاك محل العقد في الشركة على انفساخها، وعلى ضمان مالها؟

ه- ما أثر هلاك المعقود عليه في السلم والاستصناع على العلاقة التعاقدية؟

ثانيا: أهمية الموضوع

تبدو أهمية الدّراسة في بيان سبق الشريعة الإسلامية وتفوّق الفقه الإسلامي على التشريعات الوضعية فيما يتعلق بالعناية بالرابطة التعاقدية، لا سيما عند اختلال أحد أركانها، وتعرّض أبرز مقوماتها للهلاك، وهذا يُبرز كمال الشريعة الإسلامية ومرونتها، ويُجَلّي ثراء الفقه الإسلامي.

كما تبرز أهمية الموضوع في المكانة التي حظيت بها الالتزامات التعاقدية وبيان آثار انخيار أبرز مقوماتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية.

ولعلّ أهمية الموضوع تزداد وضوحا كونه يتعلّق بجانب مُهمّ من تعاملات المسلمين اليومية، وعلاقاتهم التعاقدية المالية، التي ليس لهم غنى عنها، مع ما يشهده العالم اليوم من تقلبات واضطرابات ونكبات؛ كالزلازل والفيضانات والأعاصير والحرائق والحروب وحوادث السيّر، التي تُفضي إلى هلاك الشّيء المعقود عليه.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

تكمن أسباب اختيار الموضوع في النقاط التالية:

- أ- الرغبة في دراسة المواضيع التي تبحث في آثار التصرفات والوقائع، فهذا النوع من الدراسات يجعل الباحث يتحمس للوصول إلى الأثر وبيانه إن وُجد.
- ب- أنّ موضوع هلاك المعقود عليه متصل بحياتنا اليومية اتصالا مباشرا، فهو يحتوي على مسائل يكثر وقوعها في حياة الناس وتعاملاتهم، فالحاجة ماسة لمعرفة أحكامها.
- ج- الرغبة في خدمة الفقه الإسلامي من خلال بحث موضوع من مواضيعه المتشعبة، وطرحه بصورة منظمة وممنهجة ومبسطة، ومللمة أجزائه المتناثرة في كتب الفقه.
- د- الإسهام في إبراز سموّ الشريعة الإسلامية وسبقها وتفوقها على التشريعات الوضعية في معالجة موضوع هلاك المعقود عليه، وهو من أهمّ الموضوعات في باب العقود، وأكثرها تعقيدا وإثارة للخلاف المذهبي والجدل الفقهي.
- هـ- إثراء القانون المدني الجزائري من خلال عقد المقارنة بينه وبين الفقه الإسلامي، وبيان نقاط التوافق والاختلاف بينهما.

رابعا: أهداف البحث

يكمن الغرض من دراسة الموضوع في تحقيق الأهداف الآتية:

- أ- الإجابة عن الإشكالية التي يُثيرها موضوع البحث، وذلك بالوقوف على أثر هلاك محل العقد على الالتزامات التعاقدية في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- ب- الوقوف على أوجه الاتفاق والاختلاف بين مذاهب الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في معالجة مسائل الموضوع.
- ج- بيان مدى تأثر القوانين الوضعية بمذاهب الفقه الإسلامي في موضوع البحث محلّ الدراسة.
- د- المساهمة في إثراء البحث العلمي، وبالأخصّ في مجال الدّراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وبالتحديد في باب الالتزامات التعاقدية.

خامسا: الدراسات السابقة

حاولت قدر الإمكان - أثناء عملية التّقيّميش - أن أطلع على أكبر عدد ممكن من المصادر والمراجع، قصد الإلمام بالموضوع من جميع النّواحي، فتبيّن لي أنّ موضوع أثر هلاك

المعقود عليه حظي بدراسات أكاديمية معاصرة، منها ما يتناول دراسة الموضوع في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ومنها ما كان مقتصرًا على الفقه الإسلامي دون المقارنة بالقوانين الوضعية.

ولم أقف في حدّ علمي وحسب اطلاعي على دراسة تناولت موضوع أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي، مقارنةً بالقانون الجزائري، ومن بين الدراسات التي تعرّضت للموضوع -مما وقع في يدي-:

أ- أثر تلف المعقود عليه، وهي رسالة ماجستير مطبوعة، أعدها عبد الحميد بن سعد السعود، نُوقشت في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، وطبعتها الجامعة سنة (1426هـ-2005م).

تضمّنت الدراسة الحديث عن أثر تلف المعقود عليه في بابين؛ حيث خُصّص الباب الأول للبحث عن أثر تلف المعقود عليه في عقود المعاوضات، وتناول الباب الثاني الكلام عن أثر تلف المعقود عليه في عقود الارتفاق والتوثيق والتبرعات.

وتتفق هذه الدراسة مع الدراسة الحالية في بيان أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات، دون الحديث عن عقد النكاح؛ لأنّه عقد معاوضة غير مالي.

ولم يتطرّق الباحث في دراسته للمقارنة بالقانون الوضعي، في حين أنّ الدراسة الحالية تناولت المقارنة مع القانون الجزائري.

ب- أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، وهي أطروحة دكتوراه في الفقه وأصوله، للباحث أحمد شحادة علي أبو سرحان، نُوقشت في كلية الدراسات العليا بالجامعة الأردنية، سنة 2006.

حيث قسّم الباحث موضوعه إلى ثلاثة فصول، وخصّص الفصل الأول للكلام عن أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من الجانبين، أمّا الفصل الثاني فقد تعرّض لبيان أثر فوات محل العقد في العقود اللازمة من جانب واحد، وفي الفصل الثالث تناول الحديث عن أثر فوات محل العقد في العقود غير اللازمة من الجانبين.

فكانت دراسته شاملة لأغلب أنواع العقود المالية، حيث أطال النَّفس في عرض آراء الفقهاء، مع ذكر الأدلة والمناقشات والرّدود، إلا أنّ تعرّضه للقانون كان على سبيل الإشارة أحيانا لبعض نصوص القانون المدني الأردني.

ج- هلاك المعقود عليه-دراسة مقارنة- بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، وهي أطروحة دكتوراه، للباحث محمود محمد عوض سلامة، نوقشت في جامعة الأزهر، سنة (1404هـ-1984م)، ونشرتها مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، سنة 2012م.

تتميّز هذه الدّراسة عن الدّراستين السّابقتين بمقارنة أحكام هلاك المعقود عليه بالقانون المدني المصري، وهذه مزيّة تُحسب للباحث، إلا أنّه أوغل كثيرا في الجانب النظري، حيث ذهب شطر الدّراسة في التعريفات والمعاني والشروط والمبادئ الأساسية والقواعد التي تحكم هلاك المعقود عليه، وخصّص الباحث الباب الأخير للجانب التطبيقي؛ ليتطرّق لهلاك المعقود عليه في بعض العقود، كالبيع والإيجار والرهن والوديعة والعارية.

تتميّز الدّراسة الحالية عن هذه الدّراسة كونها تحاشت الإيغال في الجوانب النظرية للموضوع، وحصرت نطاق البحث في عقود المعاوضات، مع المقارنة بالقانون المدني الجزائري.

سادسا: منهج البحث

تعتمد دراسة هذا الموضوع على المناهج العلمي الآتية:

1-المنهج الوصفي: وذلك من خلال سرد آراء فقهاء المذاهب، أو عند عرض النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث.

2-المنهج الاستقرائي: يتمثل في استقراء عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، واستخراج العقود المشتركة بين الفقه القانون، ثم استقراء وتبع ما يتعلق بالموضوع من مسائل في الفروع الفقهية، واستقراء النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء من مصادرها الأصلية.

3-المنهج التحليلي: من خلال شرح وتحليل ما تمّ جمعه واستقراؤه، مع تحليل النصوص وبيان وجه الاستدلال.

4-المنهج المقارن: فهو الذي يتلاءم مع موضوع البحث، فالمقارنة بين آراء الفقهاء في المسألة من جهة، ثمّ مقارنة آراء الفقهاء بالقانون الجزائري من جهة أخرى.

وفيما يخصّ المنهجية المتّبعة في كتابة هذا البحث حسب مقتضيات البحث العلمي فهي وفق الخطوات التالية:

1- ذكر آراء فقهاء المذاهب الأربعة باختصار، ومذهب الظاهرية في بعض الأحيان، مع مراعاة الترتيب الزمني لأئمة المذاهب.

2- الرجوع إلى المصادر الرئيسة وأمهات الكتب الفقهية القديمة، دون إغفال الكتب المعاصرة.

3- تعريف المصطلحات الهامة التي لها علاقة بالموضوع، بالرجوع إلى المصادر الفقهية واللغوية الأصلية.

4- توثيق أقوال الأئمة في المسألة محل الدراسة، ثم المقارنة بين أقوالهم، مع عزو هذه الأقوال إلى أصحابها مراعيًا في ذلك كتبهم المعتمدة والمشهورة في المذهب.

5- عرض الأدلة مع بيان وجه الاستدلال، مستعينا بالمراجع الأصلية.

6- نسبة الأقوال لأصحابها، مع توخي الدقة والأمانة في عرض الآراء ونقلها.

7- الطريقة المعتمدة في الإحالة هي: ذكر اسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، رقم الطبعة، سنة النشر، المجلد، الجزء، الصفحة، وهذا عند ذكر المرجع في المرة الأولى.

8- عندما يتكرر المرجع أكتفي بذكر اسم المؤلف وعنوان المرجع، دون استخدام كلمة مرجع سابق، طلبًا للسهولة والاختصار.

9- إجراء المقارنة مع القانون المدني الجزائري، وإن اقتضى الأمر تجرّي المقارنة مع بعض القوانين العربية.

10- ضبط الآيات القرآنية بالرسم العثماني وعزوها إلى سورها، وذلك بذكر السورة ورقم الآية، بالاعتماد على المصحف الشريف على رواية حفص من قراءة عاصم.

11- تخريج الأحاديث النبوية وعزوها إلى مصادرها، فإن كانت في الصحيحين فالإكتفاء بهما أو أحدهما، وإلا فالتخريج من بعض كتب السنن الأخرى، مع بيان درجة الحديث.

12- ترجمة الأعلام ترجمة مختصرة باستثناء الخلفاء الأربعة، وأمهات المؤمنين، وكذا الأئمة الأربعة، عند أول ذكرهم في الرسالة.

13- إعداد فهرس علمية لتيسير الرجوع إلى مضمون الرسالة، على النحو الآتي:

- فهرس الآيات القرآنية.

- فهرس الأحاديث النبوية.

- فهرس الأعلام.

- فهرس المصادر والمراجع.

- فهرس الموضوعات.

12- أتباع الترتيب الألفبائي (الهجائي) في إعداد الفهارس، مع عدم الاعتداد بـ (ال)، (ابن)، و(أبو).

سابعاً: خطة البحث

للإجابة على إشكالية البحث المطروحة؛ جاءت الخطة منتظمة وفق مقدمة وفصل تمهيدي وأربعة فصول، وخاتمة، حيث احتوى كل فصل على مباحث، وكل مبحث اشتمل على مطالب، وكل مطلب يتألف من فروع، فكان تنسيق الخطة كالآتي:

أما المقدمة؛ فقد اشتملت على التعريف بموضوع البحث وإشكالية البحث، وأهميته، وأسباب اختياره، وأهداف البحث، والدراسات الأكاديمية السابقة المتعلقة بالموضوع، ومنهج البحث وخبطته.

وأما الفصل التمهيدي؛ فقد تناول: الإطار المفاهيمي لمفردات الدراسة، وهي الأثر والهلاك والمعقود عليه، وعقود المعاوضات، وذلك في مبحثين، تضمن المبحث الأول مفهوم الأثر والهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، واحتوى المبحث الثاني على مفهوم المعقود عليه وعقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وأما الفصل الأول؛ فقد خصص للحديث عن أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حيث اشتمل على ثلاثة مباحث، تضمن المبحث الأول تعريف البيع وتحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الثاني تناولنا أثر هلاك المبيع والتمن قبل القبض وبعده في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وتطرّق المبحث الثالث لأثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وأما الفصل الثاني؛ فقد تعرّض لأثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، ويشتمل على ثلاثة مباحث، ففي المبحث الأول تمّ التطرّق لمضمون الإجارة

في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الثاني تمّ الحديث عن أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأعيان في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وفي المبحث الثالث تمّ التعرّض لأثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

في حين جاء **الفصل الثالث**؛ ليعالج أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، واشتمل على مبحثين، في المبحث الأول تمّ البحث في مضمون الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وفي المبحث الثاني تمّت دراسة أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة وضمّان مالها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وفي **الفصل الرابع** تمّ التطرّق لأثر هلاك المعقود عليه في السّلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، حيث اشتمل على مبحثين: في المبحث الأول؛ جرى البحث عن أثر هلاك المعقود عليه في السّلم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وفي المبحث الثاني؛ تمّ التعرّض لأثر هلاك المعقود عليه في الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

وختمّ البحث بخاتمة، تضمّنت أهمّ النتائج المتوصّلة إليها، مع بعض الاقتراحات. وفي الختام؛ أتوجّه إلى المولى الكريم بالثناء والشّكر على إنعامه وتوفيقه لإتمام هذا الجهد المتواضع، فله الحمد والشّكر أولاً وآخراً، وأسأله - سبحانه! - القبول وعدم المؤاخذه بالتقصير، إنه وليّ ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفصل التمهيدي

الإطار المفاهيمي لفردات

الدراسة.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الأثر والهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: مفهوم العقد والمعقود عليه والمعاوضات في الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري.

المبحث الأول

تعريف الأثر والهلاك في

الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري

نستعرض في هذا المبحث تعريف الأثر والهلاك، وعليه سنتناوله في مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الأثر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني: تعريف الهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول-تعريف الأثر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- تعريف الأثر في الفقه الإسلامي:

أولاً- تعريف الأثر لغةً: يُطلق الأثر في اللغة على معانٍ متعددة منها:

أ-بقية الشيء: والجمع آثارٌ وأثُور، وهو ما بقي من رسم الشيء، والتأثير إبقاء الأثر في الشيء¹، وهم على أثاره من علم أي بقية منه ياثرونها عن الأولين، وتقول: إذا أثرت فأعلم آثر، وإن عثرت فأسلم عاثر²، والآثارُ: بقية الشيء، وفي القرآن الكريم³: قَالَ تَعَالَى: ﴿قُلْ

أَرَأَيْتُمْ مَا تَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَرُونِي مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَاوَاتِ أَتُنُونِي

بِكُتُبٍ مِّن قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَرَةٍ مِّنْ عِلْمٍ إِن كُنْتُمْ صَادِقِينَ ﴿٤﴾ الأحقاف:4.

ب-العلامة: قال الزجاج⁴: أثاره في معنى علامة، والأثر أيضاً: مُقَابِلُ الْعَيْنِ ومعناه العلامة. ومن أمثاله: " لا أثر بعد العين"⁵.

ج-التقفي والاتباع: الأثر: الاستقفاء والاتباع، وفيه لغتان: أثر وإثر، ولا يُشتق من حروفه فعل في هذا المعنى، ولكن يُقال: ذهب في إثره⁶، وجئت في أثره -بفتحتين- وإثره -بكسر الهمزة والسكون- أي:

¹ ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم أحمد الشاذلي، مادة (أثر)، دار المعارف، القاهرة، دط، دت، ج01، ص25.

² الزمخشري، أبي القاسم جار الله محمود بن عمر، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، مادة (أثر)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1998م)، ج01، ص20.

³ مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية، ط1، (1400هـ-1980م)، ص05.

⁴ هو أبو إسحاق النحوي، إبراهيم بن السري بن سهل الزجاج، كان من أهل الدين والفضل، حسن الاعتقاد، جميل المذهب، وله مصنفات حسان في الأدب، منها: كتاب معاني القرآن، وكتاب الاشتقاق، وكتاب القوافي، توفي ببغداد سنة إحدى عشرة وثلاثمائة، وقيل: سنة ست عشرة وثلاثمائة، وقد أناف على الثمانين، يُنظر ترجمته: الزبيدي الأندلسي، أبو بكر/ محمد بن الحسن، طبقات النحويين واللغويين، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط2، دت، ص111، 112. ياقوت الحموي الرومي، معجم الأدباء، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1414هـ-1993م)، ج01، ص51، 52، 63.

⁵ الزبيدي، السيد محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: إبراهيم التزوي، مطبعة حكومة الكويت، دط، (1392هـ-1972م)، ج10، ص18، 22.

⁶ ابن فارس، أبي الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، دط، (1399هـ-1979م)، ج01، ص54.

تبعته عن قرب¹.

د- التفضيل والتقديم: وأثر: اختارَ وفَصَّلَ وقَدَّمَ، وفي التنزيل: قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالُوا تَأَلَّه لَقَدْ

ءَاثَرَكَ اللَّهُ عَلَيْنَا وَإِن كُنَّا لَخَاطِئِينَ ﴿٩١﴾ يوسف: 91.

قال الأصمعي²: آثرتك إيثاراً أي فضلتك³.

ه- الخبر المنقول: يقال: آثرتُ الحديث أثراً- من باب قتل- نقلته، والأثر- بفتحيتين- اسم منه، وحديث مأثور، أي منقول⁴، وحديث مأثور، أي يُخبر الناسُ به بعضهم بعضاً، أي ينقله خلف عن سلف⁵.

ثانياً- تعريف الأثر شرعاً:

لا يخرج استعمال الفقهاء والأصوليين للفظ (أثر) عن هذه المعاني اللغوية، فيطلقون الأثر بمعنى 'البقية' على بقية النجاسة ونحوها، كما يطلقونه بمعنى الخبر فيريدون به الحديث المرفوع أو الموقوف أو المقطوع، وبعض الفقهاء يقصرونه على الموقوف، ويطلقونه بمعنى ما يترتب على الشيء، وهو المسمى بالحكم عندهم، كما إذا أضيف الأثر إلى الشيء فيقال: أثر العقد، وأثر الفسخ، وأثر النكاح وغير ذلك⁶، وجاء في كتاب التعريفات⁷: "الأثر له ثلاثة معان، الأول: بمعنى النتيجة وهو الحاصل من شيء، والثاني بمعنى العلامة، والثالث بمعنى الجزء، وفيما يلي بعض الأمثلة من كلام الفقهاء في استعمالهم للفظ (أثر):

¹ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، دط، 1987م، ص02.

² هو عبد الملك بن قُريب بن علي بن أصمع الباهلي، أبو سعيد الأصمعي، راوية العرب وأحد أئمة العلم باللغة والشعر والبلدان، ولد بالبصرة سنة 122 هـ، تصانيفه كثيرة منها: الإبل، والأضداد، وخلق الإنسان، توفّي بالبصرة سنة 216 هـ. انظر ترجمته: الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م، ج04، ص162.

³ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج10، ص20.

⁴ الفيومي، المصباح المنير، ص02.

⁵ ابن منظور، لسان العرب، ج01، ص25.

⁶ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مادة (أثر)، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط2، (1404هـ-1983م)، ج01، ص249.

⁷ الجرجاني، علي بن محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1985م، ص07.

أ- بقية الشيء أو أنه علامة للشيء: جاء في كتاب الأم¹: "ولو خنق رجل رجلاً أو غمه ثم أرسله ولا أثر (علامة) به منه لم يكن عليه عُزْمٌ وَعُزْرٌ"

وورد في المغني²: "إذا سقط من دابته فمات أو وجد ميتاً ولا أثر به؛ فإنه يغسل ويُصَلَّى عليه" وفي ردّ المختار³: "وعلى هذا فرّعوا طهارة الثدي إذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى زال أثر القيء"

ب- الأثر بمعنى الخبر: جاء في كتاب المحلى⁴: "وقد جاءت آثار في نهي الجنب ومن ليس على طهر عن أن يقرأ شيئاً من القرآن، وقد ورد في شرح معاني الآثار⁵: "فهذه الآثار قد تواترت عن رسول الله ﷺ أنه غسل قدميه في وضوئه للصلاة."

ج- الأثر بمعنى النتيجة أو ما يترتب على الشيء (الحكم): جاء في بدائع الصنائع⁶: "وأما وأما الرقيق فإلا مال له يُمنع، فلا يظهر أثر الحجر في حقه في المال، وإنما يظهر في التصرفات، هذا حكم الحجر في مال المحجور."

وفي مواهب الجليل⁷: "فأما الوهم فلا أثر له، ولو كان له شبهة".

¹ الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب الأم، كتاب جراح العمد، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، (1422هـ-2001م)، ج 07، ص 205.

² ابن قدامة المقدسي، أبي محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دط، (1403هـ-1983م)، ج 02، ص 334.

³ ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م)، ج 01، ص 510.

⁴ ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد، المحلى بالآثار، تحقيق: أحمد محمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1348هـ، ج 01، ص 78.

⁵ الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، كتاب الطهارة، باب فرض الرجلين في وضوء الصلاة، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، بيروت، ط1، (1414هـ-1994م)، ج 01، ص 37.

⁶ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1424هـ-2003م)، ج 10، ص 87.

⁷ الخطاب الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخريج: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1416هـ-1995م)، ج 01، ص 240.

الفرع الثاني- تعريف الأثر في القانون الجزائري:

لم يُعرّف المشرع الجزائري مصطلح الأثر، وكذا الشأن بالنسبة لبقية التشريعات، ذلك أنّ القانون لا يُعنى كثيرا بتعريف المصطلحات، كما أنّ رجال القانون لم يُعرّفوا هذا المصطلح، وإنما استعملوه عرضا في كثير من المواضيع القانونية، فإبراهيم يُعرّفون العقد على أنه: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه"¹، فالأثر هنا بمعنى ما يترتب أو ما ينتج عن الشيء.

وجاء في المادة 55 من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته: "كل عقد أو صفقة أو براءة أو امتياز أو ترخيص متحصل عليه من ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن التصريح ببطلانه وانعدام آثاره من قبل الجهة القضائية التي تنظر في الدعوى مع مراعاة حقوق الغير حسن النية"².

الفرع الثالث-المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني لمصطلح الأثر:

من خلال ما تمّ عرضه من تعاريف لمصطلح "الأثر"؛ يمكن القول: أنّ هذا المصطلح عند الفقهاء لا يختلف معناه في الجملة عن المعاني اللغوية، إذ قد يُقصد به بقية الشيء أو ما بقي من رسم الشيء، أو علامة للشيء، أو على أنه الخبر المنقول، أو أنه ما يترتب على الشيء، وهو المسمّى عندهم بالحكم أو النتيجة، وهذه المعاني كلها ملحوظة في المعاني اللغوية، إلا المعنى الأخير، ويمكن أن نُلحقه بأحد المعاني اللغوية، وهو بقاء رسم الشيء، على أساس أنّ هذا المعنى يشير إلى بقاء تأثير الشيء، أو ما يترتب على الشيء، وهو النتيجة.

كذلك نلاحظ وجود هذا المعنى الأخير لمصطلح الأثر في المواد القانونية، وهذا يدلّ على انسجام القانون مع الفقه وتقارب معانيهما، وهذا المعنى الأخير هو المراد في بحثنا وهو المقصود.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2009م، ص39.

² قانون رقم: 06-01 مؤرخ في 21 محرم 1427هـ، الموافق لـ 20 فبراير 2006م، المتضمن: قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد: 14، الصادرة بتاريخ: 08 مارس 2006م، ص04.

المطلب الثاني - تعريف الهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - تعريف الهلاك في الفقه الإسلامي:

أولاً - تعريف الهلاك لغةً:

الهلاك: السَّقُوطُ، (هَلَكَ) الْهَاءُ وَاللَّامُ وَالْكَافُ: يَدُلُّ عَلَى كَسْرِ وَسُقُوطِ، وَمِنْهُ الْهَلَاكُ: السَّقُوطُ، وَلِذَلِكَ يُقَالُ لِلْمَيِّتِ هَلَكَ، وَاهْتَلَكْتَ الْقَطْأَةُ خَوْفَ الْبَازِي: رَمَتْ بِنَفْسِهَا عَلَى الْمَهَالِكِ¹، والهلاك: الموت، هَلَكَ، هُلِكَ، وَهَلَاكَ وَتُهْلُوكًا وَهَلُوكًا، وَمَهْلَكَةً وَتَهْلِكَةً: مات².
ويأتي الهلاك على معانٍ كثيرة منها³:

أ- افتقاد الشيء عنك وهو عند غيرك موجود، كقوله تعالى: ﴿هَلَاكَ عَنِّي سُلَيْمِيَّةٌ﴾ الحاقة: 29.

ب- هلاك باستحالة وفساد، كقوله تعالى: ﴿وَيُهْلِكُ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ﴾ البقرة: 205.

ج- الموت، نحو قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَمْرًا هَلَاكَ لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ﴾ النساء: 176.

د- بطلان الشيء من العالم وعدمه رأساً، وذلك المسمى فناً، وقد أُشيرَ إليه بقوله تعالى:

﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾ القصص: 88.

ثانياً - تعريف الهلاك شرعاً:

يرد مصطلح 'الهلاك' في الفقه الإسلامي بمعنى خروج الشيء عن الانتفاع المقصود به؛ سواءً بقي أو لم يبق أصلاً⁴.

أي تحول الشيء عن دائرة الانتفاع الذي وُضع له.

¹ ابن فارس، أبي الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دط، (1399هـ-1979م)، ج06، ص62.

² الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، (1426هـ-2005م)، ص952.

³ الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، ط3، (1416هـ-1996م)، ج05، ص338، 339.

⁴ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، (1404هـ-1983م)، ج42، ص293.

والهلاك أعمّ من الفناء؛ لأنّ الهلاك لا يستلزم الفناء، وهو يستلزم الهلاك، فقد يهلك الشّيء ويصير معدوما بذاته وأجزائه؛ وهو الفناء، أو يهلك ويبقى غير منتفع به¹. ومعنى الهلاك مرادفٌ لمعنى التلف؛ لأنّ التَّلَفُ لُغَةً: الْهَلَاكُ وَالْعَطْبُ فِي كُلِّ شَيْءٍ، وَلَا يَخْرُجُ اسْتِعْمَالُ الْفُقَهَاءِ لَهُ عَنِ الْمَعْنَى اللَّغَوِيَّةِ، وَالْإِتْلَافُ: إِحْدَاثُ التَّلَفِ².

الفرع الثاني - تعريف الهلاك في القانون الجزائري:

لم يتطرّق المشرّع الجزائري لتعريف مصطلح "الهلاك"؛ كعادته في عدم تحديد تعريفاتٍ للمصطلحات القانونية، وهذا اتجاه صائب؛ لأنّ صياغة التعريفات تحتاج إلى دقة وإمام بجميع جزئيات المصطلح المراد تعريفه، ولذا فإنّ المشرّع أوكل مهمة التعريف بالمصطلحات للفقهاء والقضاء.

وقد عرّفه عدد من الفقهاء بقوله: "يقصد بالهلاك (Perte) تلفٌ مالٍ معيّن؛ تلفاً كلياً أو جزئياً، بسبب قوة قاهرة أو حادث فُجائي، فإذا هلك المال في يد مالكه دون أن يكون محلّ التزام لأحد؛ كان هلاكه على مالكه، إذ ليس للمالك أن يُلقِيَ تبعه الهلاك على أحد، ويُعتبر كالهلاك حدوثُ قوة قاهرة تحول دون الانتفاع بشيءٍ معيّن؛ أو دون قيام الشخص بنشاط معيّن كان يعود عليه بالفائدة، فيفقد الشخص هذه الفائدة أو منفعة ذلك الشّيء، ولا يكون له أن يرجع على أحد بتعويضٍ عن ذلك"³.

وعرّفه بعضهم بأنه: "زوال الشّيء أو تدميره وفناؤه، وعدم إمكان إعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها، وقد يكون الهلاك كلياً وقد يكون جزئياً؛ فإذا تعلّق بجميع الأشياء كان كلياً؛ كما إذا غرقت البضاعة أو احترقت دون أن يبقى منها شيء، وإذا تعلّق ببعضها كان جزئياً؛ كما إذا وصلت البضاعة وبها نقصٌ أو عجزٌ في مقدارها"⁴.

¹ عبد النبي بن عبد الرسول الأحمّد نكري، دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، تحقيق: حسن هاني فحّص، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2000م)، ج3، ص329.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، ج13، ص266.

³ سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980، ص464.

⁴ أحمد محمد عبد الرحمان الزرقا، مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1981، ص199.

ولقد وسّع جانب من الفقه معنى الهلاك فلم يجعله مقتصرًا على هلاك المقومات المادية للشيء، وإنما يتعدى ذلك ليشمل الاستحالة القانونية، وهي التي تعود إلى نص في القانون أو قرار إداري يحول دون تنفيذ الالتزام؛ كصدور قرار يمنع استيراد أو تداول سلعة معينة كانت محلًا للبيع، ويُسمى هذا النوع من الهلاك بالهلاك القانوني، تمييزًا له عن الهلاك المادي¹، فقد يُصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا استحالة قانونية، كأن يكون المدين ملتزمًا بنقل ملكية أرض فتنزع ملكيتها قبل التنفيذ للمصلحة العامة، فيتعدّر تنفيذ الالتزام من الناحية القانونية².

الفرع الثالث-المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني لمصطلح الهلاك:

هناك ارتباط وثيق بين المعاني اللغوية والشرعية والقانونية لمصطلح "الهلاك"؛ إذ أنّ معاني هذا المصطلح عند فقهاء الشريعة الإسلامية لا تخرج في الغالب عن سياقاته اللغوية، التي هي انتقاد الشيء أو فناؤه أو فساده أو استحالته، وهذه كلها تجعل الشيء يخرج عن الانتفاع المقصود به؛ سواء بقي أم لم يبق.

كذلك نرى اتفاقًا بين فقهاء الشريعة وفقهاء القانون في تعريفهم لمصطلح الهلاك؛ إذ أنّ فقهاء القانون عرّفوا الهلاك بالتلف، ومعنى التلف مرادفٌ لمعنى الهلاك في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي.

كذلك يتفق الفقهاء الإسلامي والقانوني في الأسباب المفضية للهلاك؛ وهي الآفة السماوية أو ما يُعرف في القانون بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، والفعل المادي للإنسان. وكذلك يتفقان في استعمالهما لمصطلحي "الهلاك" و"التلف"؛ فهما عندهما بمعنى واحد؛ وهو الفناء؛ سواءً أكان هذا الفناء جزئيًا أم كليًا.

¹ كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2012/2011، ص 10، 11.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت، ج03، ص985.

المبحث الثاني

مفهوم العقد والمعقود عليه

والمعاوضات في الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري

سوف نرى في هذا المبحث مفهوم العقد والمعقود عليه، والمعاوضات في

الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وذلك في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني: تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني: مفهوم المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول-تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول-تعريف العقد في الفقه الإسلامي:

أولاً-التعريف اللغوي:

يُطلق العقد في اللغة على عدة معانٍ؛ منها: الشدّ والرّبط وهو نقيض الحلّ¹، والجمع بين أطراف الجسم²، والعهد والضمان³، ومنه قوله تعالى: ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ المائدة:01، ويُطلق كذلك على الإلزام والتوثيق⁴.

ثانياً-التعريف الاصطلاحي: للعقد في عُرف الفقهاء إطلاقان؛ أحدهما عام، والآخر خاص. أ-العقد بالمعنى العام: نجد كثيرا من الفقهاء يُعمّون فيُطلقون مصطلح "العقد" على كلّ تصرّفٍ شرعيّ؛ سواءً أكان ينعقد بكلام طرف واحد؛ أم لا ينعقد إلا بكلام طرفين، ويقولون: إنّ كل ما عقد الشّخص العزم عليه فهو عقد⁵. وفي هذا المعنى يقول الجصاص الحنفي⁶: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره فعله على وجه إلزامه إياه"⁷؛ لأنّ العقد أريد به إلزام الوفاء بما ذكره وإيجابه عليه، وهذا يتناول ما كان منتظرا مُراعَى في المستقبل⁸.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج04، ص3030.

² التّهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، 1996، ج02، ص1192.

³ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج08، ص395.

⁴ الأزهرى، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، دط، دت، ج01، ص196.

⁵ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص174.

⁶ هو أبو بكر الرازي، أحمد بن علي، المعروف بالجصاص، كان من طبقة أصحاب التّخريج، ولد سنة خمس وثلاثمائة، وسكن ببغداد، وانتهت إليه رئاسة الحنفية، وسُئل بالقضاء فامتنع، وله مصنفات كثيرة منها: كتاب أحكام القرآن، وشرح مختصر الكرخي، وشرح الجامع، وشرح الأسماء الحسنی، توفي ببغداد سنة سبعين وثلاثمائة، يُنظر ترجمته: ابن الخنائي، علاء الدين، علي بن أمر الله الحميدي، طبقات الحنفية، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة ديوان الوقف السني، بغداد، ط1، (1426هـ-2005م)، ج02، ص48، 49، 50.

⁷ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، دط، (1412هـ-1992م)، ج03، ص285.

⁸ المرجع نفسه، ج03، ص285.

وخلاصة كلام الجصاص أنّ العقد هو كل ما التزم فيه الشخص الوفاء بأمرٍ في المستقبل؛ سواءً أكان ذلك الالتزام بإلزام نفسه؛ أم كان باتفاق مع شخص آخر، وعلى هذا الإطلاق كثيرون من الفقهاء، ولذلك يتكلمون في التعليق والشروط المقترنة بالعقود؛ على الطلاق والإبراء والإعتاق؛ على أنها عقود؛ مع أنّها لا تُعتبر عقوداً؛ إلا على هذا المعنى؛ لأنها تُنشئ التزاماً بأمرٍ في المستقبل، وهو عدم الحلّ في الطلاق، وعدم المطالبة في الإبراء، وسقوط الملكية في العتاق¹.

ب-العقد بالمعنى الخاصّ: هناك تعريفات كثيرة للعقد بمفهومه الخاص؛ يحسُنُ ذكرُ بعضها: -العقد: " مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامهما"². ومّا يؤخذ على هذا التعريف: الحشو والزيادة في ذكر كلمة 'المتكلمين'، و'كلام الواحد القائم مقامهما'، حيث إنّ الإيجاب والقبول لا يصدر إلا من عاقدَيْن أو متكلّمَيْن³. ويؤخذ عليه أيضاً؛ جعله العقد مجموع إيجاب مع قبول، دون ذكر الارتباط؛ لأنّ الإيجاب والقبول من دون ارتباط لا يُسمّى عقداً⁴.

-العقد هو: " ربطٌ بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعيّ بالترام لأحد الطرفين أو لكليهما"⁵. - " الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعيّ بالترام لأحد الطرفين أو لكليهما، وكثيراً ما يُطلق العقد ويُراد به ما تمّ الارتباط به بينهما سواءً أكانا كلامين أم كتابتين أم إشارتين أم كان فعليين"⁶.

¹ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص174.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 04، ص59، وابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد عبد الواحد، شرح فتح القدير، تعليق وتخرّيج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج03، ص177.

³ سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، (1422هـ-2002م)، ص56.

⁴ علي محي الدين على القره داغي، مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية، بيروت، دط، ج01، ص119.

⁵ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (م س)، ص173.

⁶ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المملكة العربية السعودية، (1388هـ-1968م)، ص11.

- العقد هو: " عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول من الآخر؛ على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " ¹.

والتعريف المختار هو: " العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله " ²، نظرا لدقته وخلوه من الحشو والزيادة.

الفرع الثاني- تعريف العقد في القانون الجزائري:

قبل الخلوص إلى تعريف المشرع الجزائري للعقد؛ يجمل بنا أن نُعرِّج على آراء فقهاء القانون في تناولهم لمصطلح "العقد".

هناك فريق من الفقهاء يميزون بين الاتفاق والعقد؛ فالاتفاق في نظرهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، والعقد أحص من الاتفاق؛ فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله؛ فكل عقد يكون اتفاقا، أما الاتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشئا للالتزام أو ناقلا له؛ فإذا كان يُعدّل الالتزام أو يُنهيه فليس بعقد ³.

وقد تأثر القانون المدني الفرنسي بهذا الرأي؛ حيث نصّت المادة 1101 على ما يلي:

" العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء أو بعمله أو بالامتناع عن عمله " ⁴.

ويرى كثيرون ضرورة عدم التمييز بين الاتفاق والعقد؛ حيث أنهم نظروا إلى العقد نظرة واسعة، ونبذوا التفرقة بينه وبين الاتفاق، وعرفوه بأنه: " توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني؛ سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه "، والشيء الأساسي في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر فليس هناك عقد بالمعنى القانوني المقصود ⁵.

¹ محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، (1308هـ-1891م)، ص27.

² مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج01، ص382.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، ص137.

⁴ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، ص41.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، ص138.

أما المشرع الجزائري فقد تأثر بالقانون المدني الفرنسي عند تعريفه للعقد، حيث نصّت المادة 54 على ما يلي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"¹.

وقد انتقد فقهاء القانون هذا التعريف وسجّلوا عليه بعض الملاحظات²:

-أخلط المشرع الجزائري بين تعريف العقد وبين تعريف الالتزام؛ فالالتزام رابطة يُنشئها العقد أو يعدّها أو يُنهيها، أي أنّ الرابطة التي مصدرها العقد تترتب عليها التزامات؛ لكلّ منها محلّها؛ سواء كان عملا أو امتناعا عنة عمل.

-أنّه جعل العقد نوعا من الاتّفاق؛ فالاتّفاق جنسٌ والعقد نوع، مع أنّ الفقه الحديث يرى أنّ العقد والاتّفاق اسمان لمُسمّى واحد، وهذا راجع إلى الترجمة الحرفية للنص الفرنسي لقانون نابليون الذي تأثر بالقانون الفرنسي القديم.

-استخدامه لكلمة "منح" ظنا منه أنّ المصطلح الفرنسي "Donner" الوارد في القانون الفرنسي معناه "المنح" (Donation)، مع أنّ المصطلح "Donner" مأخوذ من الكلمة اللاتينية (Dare)، التي تعني نقل حق الملكية، فكان الأولى استعمال عبارة "بنقل حق عيني" مكان عبارة "بمنح".

ولذا كان الأفضل عدم التطرق لتعريف العقد في نصوص القانون المدني تماشيا مع توجهات القوانين الحديثة التي تتجنب التعريفات ما أمكن، وعلى المشرع الجزائري حذف المادة 54 من التقنين المدني، أو تعديلها لتصبح "العقد توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء حق، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه"³.

¹ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 21 جوان 2005.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2003، ص10، 11، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، ص42.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، ص42.

الفرع الثالث-المقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

إنّ المتأمل في معاني العقد اللغوية المتعدّدة (الشّدّ والرّبط، والجمع بين أطراف الجسم، والعهد والضّمان، الإلزام والتوثيق...) يجد لها أثرا في تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية لمصطلح "العقد"؛ بمعناه العام أو الخاص، فإذا نظرنا في تعريف الجصاص-المذكور سلفا- وجدناه يتحدّث عن الإلزام؛ وهو أحد المعاني اللغوية لمصطلح العقد، وكذلك نجد معنى الإلزام والالتزام متضمّنا في أغلب التعريفات الفقهية لمصطلح العقد بمعناه الخاصّ، أما معاني الربط والارتباط والشّدّ والجمع؛ فكلها ملحوظة في التعريفات الاصطلاحية لمصطلح العقد بمعناه الخاصّ.

والمعنى الذي اصطلح عليه الفقهاء لمصطلح العقد لا يبتعد عن المعنى اللغوي له؛ بل هو في الواقع تقييد للمعنى اللغوي وحصر له وتخصيص لعمومه¹.

وبالنسبة للعلاقة بين المعنيين-العام والخاصّ-لمصطلح العقد؛ فهي علاقة عموم وخصوص؛ فالعقد بالمعنى العام يشتمل على نوعين التصرف: تصرف يتم برضا طرف واحد؛ أي يتم بإرادة منفردة، مثل الطلاق والنّذر والإبراء، تصرّف يتوقف على رضا الطرفين؛ أي يحتاج إلى إيجاب وقبول، فلا ينعقد بإرادة كمنفردة؛ بل لا بدّ من توافر الإرادتين مثل البيع والإجارة².

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني؛ نجد أنّ تعريف العقد في القانون يتفق مع ما ذهب إليه فقهاء الشريعة في التعريف المشهور بينهم وهو: الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه يترتب عليه حكم شرعي(المفهوم الخاص للعقد)، ولا يتفق مع الاتجاه الآخر الذي يُطلق مدلول كلمة العقد على كلّ تصرّف؛ سواءً أكان صادرا من جانب واحد أم من جانبين، إذ أنّ الإرادة المنفردة لا تُسمّى في فقه القانون عقدا³، والعقد في نظر فقهاء الشريعة

¹ أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص173.

² عبد الله علي محمود الصّيفي، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1426هـ-2006م)، ص19.

³ عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص17.

ليس هو اتفاق الإرادتين نفسه؛ بل الارتباط الذي يعتبره الشارع حاصلًا بهذا الاتفاق؛ فقد يحصل الاتفاق بين الإرادتين ويكون العقد باطلاً؛ لعدم توفر الشروط المطلوبة شرعاً¹. فتعريف العقد عند فقهاء القانون يشمل العقد الباطل الذي يعتبره التشريع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه ولا ينتج نتيجة، فأهل القانون يُعرفون العقد بواقعه الماديّة؛ وهي اتفاق الإرادتين، أمّا فقهاء الشريعة فيُعرفونه بحسب واقعه الشرعية، وهي الارتباط الاعتباري². وتعريف الفقهاء أحكم من تعريف القانونيين؛ من ناحية أنّ الإرادة أمرٌ خفي لا يمكن الوقوف عليه إلا بواسطة أمر ظاهر من كلام، أو فعل، أو إشارة، فبمجرد توافق الإرادتين من غير صدور ما يدلّ على هذا التوافق لا نستطيع الحكم بوجود العقد، فكان الأولى تعريفه بما يدلّ على توافق الإرادتين كما عرّفه الفقهاء، ولعلّ السبب في هذا راجعٌ أصل القانون المدني؛ وهو القانون الفرنسي الذي يعتدّ بالإرادة الباطنة في إنشاء العقود، ولا اعتداد عنده بالإرادة الظاهرة إلا إذا كانت موافقة للباطنة؛ فإن خالفتها أُلغيت وعُدّ العقد باطلاً³.

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج01، ص384.

² المرجع نفسه، ص384.

³ محمد مصطفى شليبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط10، (1405هـ-1985م)، ج01، ص416.

المطلب الثاني-تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

المعقود عليه اسم مفعول من عَقَدَ يَعْقِدُ عقداً، وقد تمّ التطرّق للتعريف اللغوي لمصطلح العقد.

الفرع الأول-تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي:

محلّ العقد أو المعقود عليه: " هو ما يثبتُ فيه أثر العقد وحكمه؛ وذلك كالمال المبيع في قد البيع، والموهوب في عقد الهبة، والمرهون في عقد الرهن، والدّين المكفول به في عقد الكفالة"¹.

وقد عرّفه عبد الكريم زيدان؛ فقال: " ما وقع عليه التّعاقّد ويظهر فيه أثر العقد وأحكامه"²، فهو لبُّ العقد؛ لكونه يُشبع حاجات المتعاقدين، وهو الغاية من العقد، ومقصده البين³. ويشمل المَعْقُودَ عَلَيْهِ الثَّمَنُ وَالْمُثْمَنُ⁴.

الفرع الثاني-تعريف المعقود عليه في القانون الجزائري:

كعادته في تفادي تحديد المصطلحات القانونية؛ لم يُورد المشرّع الجزائري تعريفاً لمحلّ العقد، مكتفياً بذكر شروطه (المواد: 91، 92، 93، 94)⁵.

وقد عرّفه بعضهم بقوله: " محلّ العقد هو العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، كالبيع والإيجار والتأمين، أمّا محلّ الالتزام فهو ما يتعهّد به المدين⁶.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنّ العبرة بمحلّ الالتزام المترتب على العقد لا بمحلّ العقد ذاته، فهم لا يرون التمييز بين المحلّين، لأنّ أهمية المحلّ لا تظهر إلا في الالتزامات التعاقدية، وعليه فإنّ استعمال مصطلح "محلّ العقد" هو من باب المجاز فقط؛ لأنّ المحلّ في حقيقته هو

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، (1425هـ-2004م)، ج1، ص400.
² عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، (1425هـ-2005م)، ص291.

³ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1996، ص254.
⁴ الخرشبي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، دت، ج05، ص05.
⁵ الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم.

⁶ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني-النظرية العامة للالتزامات، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2009، ص204.

محلّ الالتزام الذي هو محلّ غير مباشر للعقد أي محلّ الالتزام الذي ينشئه العقد¹.

الفرع الثالث - المقارنة بين تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي والفقه القانوني:

بعد ما رأينا تعريف المعقود عليه أو محلّ العقد في الفقه الإسلامي وعند فقهاء القانون؛ يمكن القول أنّ تعريف محلّ العقد في الفقه الإسلامي كان واضحاً ودقيقاً وجامعاً، منسجماً مع النزعة الموضوعية التي يميّز بها الفقه الإسلامي، حيث جعل المحلّ جوهر العلاقة التعاقدية التي من أجلها تعاقد المتعاقدان، وربط بين المحلّ وأثر العقد وحكمه، أما فقهاء القانون فقد وصفوا محلّ العقد بالعملية القانونية، وهذه العبارة عامة وغير دقيقة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنهم اختلفوا في التمييز بين محلّ الالتزام ومحلّ العقد، حيث رأى بعضهم أنّ العبرة بمحلّ الالتزام المترتب على العقد لا بمحلّ العقد ذاته، ومصطلح " محلّ العقد " هو من باب المجاز فقط.

ولعلّ أهل القانون كانوا أكثر دقة من الناحية المنهجية حين ميّزوا بين محلّ العقد ومحلّ

الالتزام.

¹ حمزة قنّال، مصادر الالتزام-العقد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2018، ص 117.

المطلب الثالث- مفهوم المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- تعريف المعاوضات وأقسامها في الفقه الإسلامي:

يتمّ التعرف في هذا الفرع على المدلول اللغوي والاصطلاحي لمصطلح "المعاوضات" على النحو الآتي:

أولاً- المعاوضة لغة:

المعاوضة مشتقة من العوض؛ وهو الخلف والبدل، والجمع: أعواض؛ عاضني وأعاضني وِعَوَضَني- بالتشديد- وعواضني؛ أي: أعطاني العوض، واعتاض وتِعَوَضَ: أخذ العوض، واستعاض أي " طلب العوض، وِعَوَضْتُهُ: إذا أعطيتُهُ بدل ما ذهب منه، وعَاوَضْتُ فلانا بِعِوَضٍ في المبيع والأخذ والإعطاء¹.

ثانياً- المعاوضة في اصطلاح الفقهاء:

المعاوضة تعني عند جمهور الفقهاء: المبادلة بين عوضين، وجمعها معاوضات، وهي تنقسم إلى قسمين: محضة، وغير محضة، فأما المعاوضة المحضة فهي التي يكون فيها المال مقصود من الجانبين، وأما المعاوضة غير المحضة فما ليست كذلك، وخصّها المالكية بنوع من المبادلات المالية، وهو المقايضة، حيث جاء في شرح ميارة: "المعاوضة مفاعلة من التعويض، وهي بيع العَرَضَ بالعرض، فهي جملة من أنواع البيع، إلا أنه لما كان العوضان فيها متساويين في كونهما في العادة مثنونين لا ثمنين؛ لُقّبَ بيْعُ أحدهما بالآخر في اصطلاح الفقهاء باسم خاص، وهو المعاوضة، وتُسَمِّيها العامة: - المعاملة"، ولا مشاحة في الاصطلاح².

أما عقود المعاوضات فهي عبارة عن ضرب من التمليكات، تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات متقابلة بين العاقدين، خلافاً للتبرعات التي أساسها الرفق والمعونة والمنحة من طرف لآخر دون مقابل³.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج04، ص3171، والفيومي، المصباح المنير، ص166، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص648.

² نزيه حمّاد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، (1429هـ-2008م)، ص426، 427.

³ المرجع نفسه، ص427.

وردت المعاوضة في اصطلاح الفقهاء موافقة لدلولها اللغوي من حيث المعنى والتوظيف الفقهي، ولقد عرّفوها بتعريفات كثيرة؛ متقاربة من حيث المعنى؛ حتى وإن تباينت صياغاتها البنيوية، وفيما يلي بعض هذه التعريفات:

-عرّفها بعض المالكية بقولهم: " البيع عقد معاوضة، والمعاوضة مفاعلة؛ إذ كل من البائع والمشتري عوّض صاحبه شيئاً بدل المأخوذ منه " ¹، "المعاوضة عقد مُحتوٍ على عوض من الجانبين" ².

-جاء في بعض كتب الحنابلة: "ومعنى المبادلة: جعلُ شيء في مقابلة شيء آخر" ³.
-ومن المعاصرين من عرّفها بقوله: " عقود المعاوضات: هي التي تقوم على أساس إنشاء وجائب متقابلة بين العاقدين؛ يأخذ فيها كلّ من الطرفين شيئاً ويُعطي في مقابله شيئاً، وذلك كالبيع والإجارة، والصلح عن مال بمال " ⁴.

-وعرّفها بعض المعاصرين بقوله: " هي التي تقوم على أساس تبادل الالتزامات المتقابلة بين العاقدين كالبيع والإجارة.. " ⁵.

وقد اقترح أحد الباحثين تعريفاً مختاراً مختصراً لمصطلح المعاوضة؛ وهو كالأتي:

" المعاوضة التزام بين طرفين يتضمن العوض من الجانبين " ⁶.

¹ الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، دط، دت، ج03، ص 12.

² الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، دط، دت، ج03، ص 02، وأحمد الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ضبطه صححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، (1415هـ-1995م)، ج03، ص 04.

³ البّهوتي، منصور بن يونس، كشّاف القناع عن الإقناع، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط1، (1426هـ-2005م)، ج07، ص 296.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص640.

⁵ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص567.

⁶ سلطان بن أبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ص70.

ثالثاً- أقسام المعاوضات في الفقه الإسلامي:

تنقسم عقود المعاوضات إلى قسمين¹: -عقود المعاوضات المالية(المعاوضات المحضّة).

-عقود المعاوضات غير المالية(المعاوضات غير المحضّة).

أ-عقود المعاوضات المالية: وهي العقود التي تقوم على أساس المبادلة بين المتعاقدين وتملك كلّ من الطرفين ما عند صاحبه²، وهي على نوعين³: مبادلة مال بمال: كالبيع والسلم وغيرها، ومبادلة مال بمنفعة: كالإجارة والمضاربة والمزارعة والمساقاة.

ب-عقود المعاوضات غير المالية: وهي التي يكون التبادل فيها ليس مالاً من الجهتين، أو مالاً من أحد الجانبين؛ وليس بمال ولا منفعة مال من الجانب الآخر⁴.

وهي على ضربين:

-مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال: كالزواج والخلع،

-مبادلة منفعة بمنفعة: كقسمة المنافع بطريق المهايأة الزمانية أو المكانية⁵.

فهي تشمل البيع بجميع أنواعه؛ من بيع مطلق ومقايضة وسلم وصرف، والاستصناع الذي هو مركّب من البيع والإجارة، والصلح عن إقرار، وقسمة الأعيان أو المنافع(المهايأة)، والإيجار والمؤاجرة، والزواج؛ سواءً كان المهر فيه مالاً أو منفعة، والخلع⁶.

¹ ابن رجب الحنبلي، أبي الفرج عبد الرحمان بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1429هـ-2008م)، ص74، والزركشي، بدر الدين محمد بن بھادر، المنثور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، (1402هـ-1982م)، ج03، ص185.

² إبراهيم بن عبد الرحمان بن إبراهيم العروان، الإكراه وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1403هـ، ص106.

³ ابن تيمية، تقي الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دط، (1425هـ-2004م)، ج29، ص181.

⁴ سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ص74.

⁵ بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دط، دط، دت، ص487.

⁶ أحمد إبراهيم بن إبراهيم بك، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة الرابعة، العدد: 01، 1934، ص678.

ج- الفرق بين عقود المعاوضات المالية و عقود المعاوضات غير المالية:

يمكن إيجاز هاته الفروق في النقاط التالية:-

-عقود المعاوضات المالية تتأثر بالجهالة والغرر في الثمن وفي المعقود عليه، وقد يؤدي ذلك إلى فساد العقد، بخلاف عقود المعاوضات غير المالية فإنها تقبل الجهالة والغرر، ولا يفسد العقد بفساد العوض¹.

- عقود المعاوضات المالية و عقود المعاوضات غير المالية كلاهما من العقود اللازمة، إلا أنّ المالية لازمة قابلة للفسخ؛ فيجوز للمتعاقدين أن يتراضيا على فسخ العقد، أمّا غير المالية فهي لازمة غير قابلة للفسخ؛ فلا يجوز للمتعاقدين الاتفاق فسخها وإبطالها².

وعليه فإنّ مجال البحث عن أثر هلاك محل العقد في عقود المعاوضات يتركز على عقود المعاوضات المالية، القائمة على اعتبار تبادل الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين-أخذاً وعطاءً، ولأنّها تتأثر بالجهالة والغرر في الثمن والمعقود عليه، وقد يفسد العقد بفساد العوض، وهي أيضا قابلة للفسخ، بخلاف عقود المعاوضات غير المالية.

رابعا-حصر عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي:

حاول بعض الباحثين حصر عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، وذلك في خمسة عقود: عقد البيع، وعقد الاستصناع، وعقد السلم، وعقد الصرف، وعقد الإجارة³.

وعلى سبيل الإجمال؛ نستطيع أن نحدّد عقود المعاوضات المالية التي يمكن أن تدخل ضمن إطار البحث في الفقه الإسلامي؛ وهي: البيع بجميع أنواعه؛ من بيع مطلق ومقايضة وسلم وصرف، والاستصناع، والإيجار، والصّاح عن إقرار، والشركات.

¹ القرافي، شهاب الدين، أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان الصنهاجي، كتاب الفروق، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة محمد، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط1، (1421هـ-2001م)، ج04، ص1126، والزركشي، المنشور في القواعد، ج03، ص186.

² أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دط، 1985، ص422، 423، وعدنان خالد التركماني، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي، مكتبة دار المطبوعات الحديثة، جدة، السعودية، ط2، 1992، ص353.

³ عبد الرؤوف بن محمد بن أحمد الكمالي، الزيادة وأثرها في المعاوضات المالية، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط4، (1422هـ-2002م)، ج01، ص32، 33.

وبالنسبة للشركات، فقد اختلف الفقهاء في مدى اعتبارها من عقود المعاوضات أم لا؛

على قولين:

– القول الأول: يرى أصحابه¹ أنّ الشركات ليست من عقود المعاوضات؛ بل هي جنس آخر غير جنس المعاوضات.

وهو رأي ابن تيمية² وتلميذه ابن القيم³، ومن المعاصرين⁴ مصطفى الزرقا، وعبد الكريم زيدان.

قال ابن تيمية: "فإنّ التصرفات العدلية في الأرض جنسان: معاوضات، ومشاركات،

فالمعاوضات: البيع والإجارة، والمشاركات: شركة الأملاك وشركة العقد"⁵.

وقال ابن القيم: "والمشاركات جنسٌ غير جنس المعاوضات، وإن كان فيها شوبُّ المعاوضة"⁶.

¹ ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ج 29، ص 99، وابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط 1، (1423هـ-2002م) ج 03، ص 167.

² هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن الحضر بن محمد بن تيمية الحرّاني، ثمّ الدمشقي، تقي الدين، أبو العباس، شيخ الإسلام، وُلد يوم الإثنين عاشر ربيع الأول سنة إحدى وستين وستمئة بـ 'حرّان'، أخذ الفقه والأصول عن والده، وعن الشيخ شمس الدّين بن أبي عمر، وله مصنفات كبار منها: كتاب الإيمان، وكتاب الاستقامة، وكتاب درة تعارض العقل والنقل، وكتاب منهاج السنة النبوية، واقتضاء الصراط المستقيم في مخالفة أصحاب الجحيم، توفي سنة ثمانٍ وعشرين وسبعمائة، يُنظر ترجمته: ابن رجب الحنبلي، عبد الرحمان بن أحمد، الدليل على طبقات الحنابلة، تحقيق: عبد الرحمان بن سليمان العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، ط 1، (1425هـ-2005م)، ج 04، ص 491 وما بعدها.

³ هو محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حُرَيز الرُّزعي، ثمّ الدمشقي، الفقيه الأصولي المفسّر، النحويّ العارف، شمس الدين أبو عبد الله، ابن قيم الجوزية، وُلد يوم سنة إحدى وتسعين وستمئة، وسمع من الشهاب النابلسي العابر، وتفقه في المذهب، وبرع وأفتى، ولازم الشيخ تقي الدين، ومن تصانيفه: كتاب سفر الحجرتين وباب السعادتين، وكتاب زاد المعاد في هدي خير العباد، وكتاب إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، توفي سنة إحدى وخمسين وسبعمائة، يُنظر ترجمته: المرجع نفسه، ج 05، ص 170 وما بعدها.

⁴ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 01، ص 643، وعبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ص 358.

⁵ ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوى، ج 29، ص 99.

⁶ ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 03، ص 167.

وقال مصطفى الزرقا: "وأما عقود الإعارة والوكالة والشركة ونحوها؛ فإنها خاليةٌ خلُوةً تاماً من معنى المعاوضة؛ فتعتبر عقود أمانة، ويكون مال الموكل في يد وكيله، ومال القاصر في يد وصيه، ومال الشريك في يد شريكه، والعارية في يد مستعيرها، كل ذلك أمانة محضة غير مضمونة بمقتضى العقد"¹.

- **القول الثاني:** يرى بعض الباحثين المعاصرين أنّ الشركات من عقود المعاوضات²، لأنّ كلّ شريك يُقدّم حصة في رأس المال ويأخذ نصيباً من أرباح الشركة مقابل هذه الحصة، وقد تكون مبادلة مال بمال إذا كان رأس المال من النقدين أو من غيرها مقابل ربح مالي، وقد تكون مقابل ربح مالي، وقد تكون مبادلة عمل بمال كما في شركتي الصنّاع والوجوه والمضاربة بالنسبة للعامل فيها عن الفقهاء³.

والراجح عدم اعتبار الشركات من عقود المعاوضات؛ لأنّ الشركات لا تحمل معنى التبادل بأن يُعطي أحدهما شيئاً، ويأخذ في مقابله شيئاً آخر كالمعاوضات، وإنما تحمل معنى الخلطة والاشتراك، وينبغي التمييز بين الشركات التي ليس فيها معنى المعاوضة، وبين التي تحمل معنى المعاوضة؛ فهناك شركات تقوم على الخلط والاشتراك في الربح والخسارة؛ كشركة العنان، والمفاوضة، والوجوه، والأبدان، وأخرى فيها شوب المعاوضة؛ كالمضاربة والمزارعة والمساقاة، وعليه يمكن اعتبار شركة المضاربة والمزارعة والمساقاة من عقود المعاوضات⁴.

وبالنسبة للمقايضة فهي نوع من أنواع البيع، تتوفر فيها أركان البيع وشروطه، وأحكام البيع كلها تسري في عقد المقايضة، إلا الأحكام المتعلقة بالثمن أو الالتزامات الرّاجعة إلى الثمن؛ إذ ليس لها محل في المقايضة، خلُوةً من التّقد⁵.

¹ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص643.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج5، ص226، وعبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط4، (1414هـ-1994م)، ج1، ص189.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، ج1، ص189.

⁴ سلطان بن أبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، ص85.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج38، ص343.

وعليه فإنّ عقد المقايضة يُستبعد من دراستنا، ففي دراسة عقد البيع غنية وكفاية.
وبالنسبة لعقد **الصرف** فإنه نوع من أنواع البيع؛ لأنّ الصرف مبادلة والبيع هو عين المبادلة، ومن ثمّ فإنّ الصرف يأخذ كلّ أحكام البيع العامة، والتي منها¹:
-الأحكام التي تسبق عقد البيع من شرط وجود المعقود عليه وأهلية المتعاقد.
-الأحكام التي تشتمل عليها عملية التعاقد كشروط صيغة البيع.
-الأحكام التي توجد بعد التعاقد، من ثبوت آثار العقد؛ كالتملك والتملك، أو ما تمّ الاتفاق عليه من مصالح العقد؛ كالرهن والضمان والشهادة.
-في مسائل الخلاف والنزاع بين البائع مع المشتري وتشعباتها، كما لو اختلف المتصارفان في جنس المبيع؛ فقال أحدهما: من الذهب، وقال الآخر: بل من الفضة؛ فهنا تُطبّق أحكام اختلاف البائع والمشتري.
وفي عقد الصرف يُشترط قبض البديلين في مجلس التعاقد، وهذا بإجماع العلماء؛ فلا يجوز الاتفاق على إسقاط شرط التقابض في مجلس العقد².
ولهذا يُستبعد عقد الصرف من دراستنا؛ لأنّه نوع من أنواع عقد البيع، ولأنّ شرط التقابض في المجلس يجعل إمكانية هلاك محلّ العقد مستبعدة وغير واردة، ولأنّ المعقود عليه في الصرف هو الثمن والنقود، وهاته لا يُتصور فيها الهلاك.
وأخيرا نخلص إلى أنّ عقود المعاوضات المالية التي يمكن أن تشملها الدراسة من الناحية الفقهية: هي: عقد البيع، وعقد السلم، وعقد الاستصناع، وعقد الإيجار، وعقد الصلح عن إقرار، والشركات.

إلا أنه قد تُستبعد بعض هذه العقود بعد النظر في عقود المعاوضات في القانون الجزائري.

¹ أحمد بن صالح بن علي بافضل، أحكام عقد الصرف وتقلب أسعار العملات، تريم للدراسات والنشر، حضرموت، الجمهورية اليمنية، ط1، (1435هـ-2014م)، ص17، 16.

² عباس أحمد محمد الباز، أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1419هـ-1999م)، ص60.

الفرع الثاني- مفهوم المعاوضات في القانون الجزائري:

عقد المعاوضة (contrat à titre onéreux): هو العقد الذي يحصل فيه كلٌّ من العاقدين على مقابل ما يُقدّمه؛ فالمتعاقد يتحصّل على فائدة ذات قيمة مالية مقابل تنفيذ لالتزامه، كعقد البيع الذي يأخذ فيه البائع ثمنًا للمبيع الذي يُعطيه للمشتري، وهذا الأخير يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن الذي يدفعه¹.

وقد عرّف المشرّع الجزائري عقد المعاوضة في المادة 58 ق،م،ج بقوله: "العقد بعوض هو الذي يُلزم كل واحد من الطرفين إعطاءً أو فعل شيء ما".

ويعود أصل نصّ هذه المادة إلى المادة 1106 من القانون المدني الفرنسي، ومما يُؤخذ على هذا التعريف أنه يلتبس بتعريف العقد؛ الذي يُلزم الطرفين، فهو يخلط بين العقد التبادلي والعقد بعوض؛ فالعقد الذي يلتزم فيه المدين بالامتناع عن عمل هو عقد تبادلي؛ ولكنه بدون عوض، وكان الأولى العدول التعريفات وتركها لفقهاء القانون المدني، لأنّ تحديد التعاريف ليست من مهام المشرّع، وهو ما درجت عليه أغلب التقنيات المدنية المعاصرة².

ولقد صنّف المشرّع الجزائري العقود الخاصة إلى خمسة أصناف، حيث خصّص لكلّ صنف بابًا، كما يلي³: -الباب السابع: العقود المتعلقة بالملكية، ويشمل: عقد البيع، وعقد المقايضة، وعقد الشركة، وعقد القرض الاستهلاكي، وعقد الصلح.

-الباب الثامن: العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، ويشمل عقد الإيجار، وعقد العارية.

-الباب التاسع: العقود الواردة على العمل، ويشمل: عقد المقاولة، وعقد التسيير، وعقد الوكالة، وعقد الوديعة، وعقد الحراسة.

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، (م س)، ص 17، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني- النظرية العامة للالتزامات، ص 64، وعلي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2008، ص 64.

² بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، ج 01، ص 120، وعلي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص 17، 18.

³ علي فيلاي، العقود الخاصة- البيع-، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع (موفم)، الجزائر، 2018، ص 31.

-الباب العاشر: عقود الغرر، ويشمل: عقد القمار، وعقد الرهان، وعقد المرتب مدى الحياة، وعقد التأمين.

-الباب الحادي عشر: الكفالة، ويقتصر هذا الباب على عقد وحيد، وهو عقد الكفالة. وعدد هذه العقود سبعة عشر عقد، ويُضاف إليها عقد الرهن، الذي تناوله المشرع الجزائري ضمن الكتاب الرابع، المتعلق بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية¹. ومن خلال الرجوع إلى خصائص هاته العقود ومفاهيمها؛ يمكن لنا أن نصنّف عقود المعاوضات المالية كالآتي: وهي عقد البيع²، وعقد المقايضة³، وعقد الشركة⁴، وعقد الصلح⁵، وعقد الإيجار⁶، وعقد المقاولة⁷، وعقد التأمين⁸، وعقد الرهن⁹.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مفهوم المعاوضات:

لا تختلف المعاني الاصطلاحية والقانونية لمصطلح "المعاوضة" عن المعنى اللغوي؛ فتعريفات الفقهاء كلها تدور حول المعاني اللغوية التي هي: الخُلف والبدل وطلب العوض وأخذه، إلا أنّ تعريف الفقهاء أدقّ وأصحّ؛ فإنّ تعريف المشرّع الجزائري للمعاوضة أقرب ما يكون لتعريف العقد الملزم للجانبين، فعندما نلاحظ تعريف المشرّع الجزائري للمعاوضة نجد أنه

¹ الأمر 75-58، المتضمن القانون المدني، سبق ذكره.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص21.

³ ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط1، 2008م، ص496.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص225.

⁵ المرجع نفسه، ص517.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص04.

⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07، ص06.

⁸ المرجع نفسه، ص1139.

⁹ علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2008/2007م، ص15، ومنصوري محمد لعروسي، نظام الرهن الحيازي العقاري في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في القانون: تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2013/2012م، ص18.

ذكر إلزام كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما، وهذا ينطبق على عقد العارية مثلاً؛ فهو ملزم للجانبين ولكنه عقد تبرع وليس بمعاوضة.

وبالمقارنة والموازنة بين أصناف العقود التي تنضوي تحت عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، وبين عقود المعاوضة في القانون الجزائري؛ يمكن أن نستبعد بعض العقود.

فمثلاً عقد القرض الاستهلاكي في القانون؛ الأصل فيه أن يكون تبرعاً؛ إذ أنّ المقرض يخرج عن ملكية الشيء إلى المقرض ولا يستردّ المثل إلا بعد مدة من الزمن، دون مقابل، فهو متبرع، وإذا اشترط المقرض على المقرض دفع فوائد معينة في مقابل القرض؛ فإنّ القرض يُصبح معاوضة¹، وهو في الفقه الإسلامي عقد صلة وتبرع²، وذكر الحنفية أنه إعارة ابتداءً؛ فيصح بلفظ الإعارة، معاوضة انتهاءً؛ لأن استهلاك العين في القرض يستلزم إيجاب المثلي في الذمة³.

وعليه فإنّ عقد القرض لا يمكن تصنيفه لا في عقود التبرعات المحضة، ولا في عقود المعاوضة المحضة⁴، فهو عقد اجتمع فيه جانب المعاوضة والتبرع، أمّا المعاوضة: فلأنّ المستقرض المستقرض يجب عليه ردّ عوضٍ عمّا استقرضه، وأما التبرع؛ فلأنه ينطوي على تبرع من المقرض للمستقرض بالانتفاع بالمال في سائر التصرفات، غير أنّ جانب التبرع في هذا العقد أرجح؛ لأنّ الغاية والثمرة منه هي بذل المال مجاناً للمستقرض، فليس له مقابل في الحال، فهو كائناً التبرعات؛ من هبات وصدقات، تنتقل فيه الملكية بالقبض، لا بمجرد العقد، ولا بالتصرف ولا بالاستهلاك⁵.

وتستبعد الدراسة عقد التأمين؛ فهو وإن كان عقد معاوضة في القانون الجزائري؛ إلا أنّ هذا العقد من العقود المستحدثة في هذا العصر، ولم تعرفها كتب الفقه القديمة، وقد اختلف المعاصرون في حكم التأمين التجاري، منهم من أجازوه، ومنهم من منعه، والراجح عدم جوازه؛

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 424.

² السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دط، دت، ج 14، ص 37، وابن عابدين، رد المختار على علي الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 07، ص 396.

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 07، ص 388.

⁴ حسن رحيم، القرض الحسن كأسلوب للتمويل في الاقتصاد الإسلامي ومشكلة تغير قيمة النقد عبر الزمن، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات المقارنة، الصراط، الجزائر، العدد: 06، السنة الثالثة، سبتمبر 2002م، ص 16-37.

⁵ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 33، ص 122.

إذ فيه معنى القمار والميسر والرّهان، لارتباطه بخطر محتمل الوقع، وفي التأمين غرر فاحش وجهالة، فلا يُدرى عند العقد من سيأخذ ومن سيُعطي، وفيه أيضا إعطاء مال للحصول على مال عند التعرض للخطر، وفي هذا ربا النسيئة، أو ربا الفضل¹.

وقد قرّر المجمع الفقهي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الأولى المنعقدة في العاشر من شعبان 1398هـ، بمكة المكرمة: تحريم التأمين التجاري بجميع أنواعه، كما قرر مجلس المجمع جواز التأمين التعاوني بدلا عن التأمين التجاري المحرّم، فهو من عقود التبرع التي يُقصد منها التعاون على تفتيت الأخطار².

كما تستبعد الدراسة عقد الرهن؛ فهو وإن كان عقد معاوضة في القانون الجزائري؛ إلا أنه في الفقه الإسلامي نوع من التبرّع؛ لأنه حبس مال بغير عوض؛ فلم يصحّ إلا من أهل التبرّع، ولأنّ الرهن لا يصحّ أن يكون عوضا عن أجل الدّين، على اعتبار أنّ أجل الدّين زمان؛ والزّمان لا يُقوّم بالمال، فالرهن من عقود المعاوضات في القانون؛ لقيام الرهن مقام الحصول على أجل الدّين أو مدّته³.

وبالنسبة لعقد الصلح فهو وإن كان عقد معاوضة إلا أنّ الفقهاء لم يطيلوا الكلام عن هلاك محله، وإنما ذكروا أنّ عقد الصلح يبطل إذا هلك الشيء الذي وقع عليه الصلح⁴، لا سيما وأنّ الصلح يجوز فيه ما يجوز في البيع، وما يبطل في البيع يبطل في الصلح⁵، وعليه فإنّ البحث عن أثر هلاك محلّ عقد الصلح ليس فيه ما يُذكر ويصلح لأن يكون محلّ بحث، خصوصا وأنّ القانون الجزائري لم يتطرّق للكلام عن هلاك المحلّ في عقد الصلح.

¹ مستوري محمد، التأمين التجاري: حقيقته وحكمه وبديله في الفقه الإسلامي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تمارست، العدد: 02، جوان 2012م، ص 86، 87.

² قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، ص 34، 39.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 23، ص 177، وعلاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، ص 15.

⁴ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط 2، (1405هـ-1985م)، ج 05، ص 324.

⁵ الماوردي، أبي الحسن عليّ بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، (1414هـ-1994م)، ج 06، ص 367.

وبالنظر والموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، يمكن تحديد عقود المعاوضات المالية التي تُعنى بها هاته الدراسة؛ كالاتي: عقد البيع، وعقد الإيجار، وعقد الشركة، وعقد السلم والاستصناع.

الفصل الأول

أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف البيع وتحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: أثر هلاك المبيع والتمن قبل القبض وبعده في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثالث: خيار الشرط؛ وأثر هلاك المبيع في مدّته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

تعريف البيع وتحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني: تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي

والقانون الجزائري

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المبحث الأول: تعريف البيع وتحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

قبل الوقوف على حقيقة المعقود عليه في عقد البيع؛ يتعيّن تحديد مفهوم البيع؛ من حيث بيان المدلول اللغوي، ومن حيث المعنى الاصطلاحي والقانوني.

المطلب الأوّل - تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: الفرع الأوّل - تعريف البيع في اللغة:

البيع: ضدّ الشراء، والبيع: الشراء أيضا، وهو من الأضداد، وبعث الشيء: شريته؛ أبيعته بيعًا ومبيعًا¹، والشيء: مبيع ومبيوع؛ مثل: مَخِيطٌ مَخِيوْطٌ، ويُقال للبائع والمشتري: بيّعان - بتشديد الياء -، وأباع الشيء: عَرَضَهُ للبيع²، وباعه الشيء، وباعه منه، وله - بيعًا ومبيعًا - : أعطاه إيّاه بثمن³.

الفرع الثاني - تعريف البيع في الاصطلاح:

عرّفه الفقهاء بتعاريف كثيرة؛ لا يتسع المجال لذكرها كلّها، وفي ذكر بعضها كفاية:
أولا- عرّفه الحنفية بقولهم: " هو مبادلة المال بالمال بالتراضي"⁴.
ثانيا- وعرّفه المالكية بأنه: " عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذّة؛ ذو مكايسة، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضّة، معيّن غير العين فيه"⁵.
ثالثا- أمّا الشافعية فعرفوه بأنه: " نقل ملك بثمن على وجه مخصوص"⁶.
رابعا- والحنابلة قالوا أنّه: " مبادلة المال بالمال تملكًا وتملكًا"⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 01، ص 401.

² الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، إخراج: دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1986م، ص 29.

³ المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ط4، (1425هـ-2004م)، ص 79.

⁴ ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج 05، ص 429.

⁵ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، دط، دت، ج 03، ص 02.

⁶ الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج 02، ص 05.

⁷ ابن قدامة المقدسي، المغني، ج 04، ص 02.

الفرع الثالث- تعريف البيع في القانون الجزائري:

تناول المشرع الجزائري تعريف عقد البيع في نص المادة 351 'ق،م،ج' بقوله: " البيع عقدٌ يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي"، وقد ذكر فقهاء القانون تعريفات كثيرة لعقد البيع؛ نذكر بعضها منها:

- " البيع عقدٌ ملزم للجانبين؛ إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر، ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابلًا لذلك ثمنًا نقديًا"¹.

- " عقدٌ يتم به الاتفاق على نقل حق -وهو غالبًا حق الملكية- من البائع إلى المشتري، نظير مبلغ من النقود؛ يُسمى الثمن؛ يؤدّيه المشتري"².

الفرع الرابع- المقارنة بين تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

بعد إيراد تعريفات البيع في اللغة والاصطلاح والقانون؛ يمكن ملاحظة ما يلي:

-تتفق تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية مع التعريف اللغوي لمصطلح 'البيع'؛ في كونه إعطاء شيء أو مبادلة شيء بثمن.

- البيع في الفقه الإسلامي يُفيد انتقال الملكية بذاته؛ دون الاقتصار على إنشاء التزام بتسليم المبيع، وبذلك يكون قريبًا إلى الفكرة الصحيحة عن البيع في القانون الفرنسي الحديث³.

-التعريف القانوني للبيع يركّز على خاصية نقدية الثمن، فلا بدّ أن يكون من النقود، وهذا ما يُميّز البيع عن المقايضة والصّرف، ويميّزه عن البيع في الشريعة الإسلامية؛ حيث يمكن أن يكون الثمن من غير النقود؛ فيتّسع البيع ليشمل البيع المطلق والمقايضة والسّلم والصّرف⁴

-المشرع الجزائري عرّف البيع بآثاره؛ مع أنّ جوهر العقد هو التراضي على ترتيب هذه الآثار، وتعريف العقد يكون ببيان عناصره لا آثاره⁵.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص21.

² جميل الشّرقاوي، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1991م، ص09.

³ سليمان مرقس، عقد البيع، ص14.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص21، 22.

⁵ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، دت، ص09.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني - تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء في تحديد المعقود عليه في عقد البيع على قولين:

- القول الأول: يرى أصحابه أنّ المعقود عليه في عقد البيع يشمل المبيع دون الثمن، وهو مذهب الحنفية¹، والحنابلة².

- القول الثاني: يرى أصحابه أنّ المعقود عليه في عقد البيع يشمل المبيع والثمن، وهو مذهب المالكية³، والشافعية⁴.

والملاحظ أنّ الفقهاء لما تكلموا عن هلاك أو تلف المعقود عليه؛ غلبوا أحكام هلاك المبيع، ولعلّ ذلك راجعٌ إلى أنّ البيع المطلق ينصرف إلى بيع عين معيّنة بثمن مطلق⁵.

الفرع الثاني - تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في القانون الجزائري:

محلّ أي عقد من العقود هو العمليّة القانونية التي يريد المتعاقدان تحقيقها، أي الالتزامات التي يُراد إنشاؤها، غير أنّ هناك من يُفرّق بين العمليّة القانونية المراد تحقيقها؛ والالتزامات المترتبة على العقد؛ حيث يرى أنّ الالتزامات وسيلة لتحقيق العمليّة القانونية⁶.

ولما كان البيع عقدًا ملزمًا للجانبين؛ فإنه يُنشئ التزامات في جانب البائع محلها هو المبيع، ويُنشئ التزامات مقابلة في جانب المشتري محلّها الرئيسي هو الثمن⁷.

¹ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م)، ج01، ص122.

² الزحبياني، مصطفى السيوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دط، ص03، ج04.

³ الدردير، أبو البركات، أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، دط، ص03، ج14، والخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج06، ص12.

⁴ الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص06.

⁵ عبد الحميد بن سعد السعود، أثر تلف المعقود عليه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، السعودية، ط1، (1426هـ-2005م)، ص29.

⁶ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص44.

⁷ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص190.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وعليه يكون محلّ العقد في عقد البيع مزدوجاً؛ يشمل المبيع والثمن¹.
وهذا المسلك القانوني في ازدواجية محل عقد البيع؛ يتوافق مع رأي المالكية والشافعية؛ الذين يرون أنّ المعقود عليه في عقد البيع يشمل المبيع والثمن.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص190، و سليمان مرقس، عقد البيع، ص127.

المبحث الثاني

أثر هلاك المبيع والتمن قبل القبض وبعده؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: مفهوم القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: أثر هلاك المبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثالث: أثر هلاك المبيع بعد القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الرابع: أثر هلاك الثمن في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول - مفهوم القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - مفهوم القبض في الفقه الإسلامي:

أولاً - تعريف القبض لغة:

القبض: خلاف البسط، والانقباض، ضد الانبساط، والقبض: التناول باليد ملامسة وإمساكاً، ومنه قوله تعالى: ﴿فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ﴾ طه: 96، أي: قبضت قبضةً من تراب أثر حافر فرس الرسول¹.

ويطلق القبض على التصرف في الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة اليد والكف؛ وهو ما يُسمى بالحوز؛ أي تحويلك المتاع إلى حيزك، تقول: قبضت الدار والأرض؛ أي حزتها، ومنه قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ الزمر: 67؛ أي في حوزة؛ حيث لا تملك لأحد².

ثانياً - تعريف القبض في اصطلاح الفقهاء:

لم يتطرق الفقهاء لتعريف القبض تعريفاً دقيقاً يجمعه ويخرج ما سواه، وذلك لأنه ليس بعقد مستقل؛ وإنما تأتي دراسته ضمن دراسة عقد الرهن، أو عقد البيع، أو عقد الهبة، أو غير ذلك من العقود التي يُشترط فيها القبض³.

وقد جاء في بعض كتب الشافعية: "وأما القبض فهو تسليم من الرهن أو وكيله إلى المرتهن أو وكيله"⁴، فقد عبّروا عن القبض بالتسليم، وجاء في البدائع "والقبض عندنا هو التخلية والتخلي؛ وهو أن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه"⁵.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 05، ص 3512، والفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ص 651.

² الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، ج 04، ص 228، وابن منظور، لسان العرب، ج 05، ص 3512.

³ جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، أثر القبض في عقود التوثيق - دراسة فقهية مقارنة (عقد الرهن)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2016م، ص 20.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، ج 06، ص 08.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ص 236، 237.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والفقهاء - عند تعرّضهم للقبض أو التسليم - اختلفت أنظارهم باعتبار اختلاف نوع المقبوض؛ فهم يُميّزون بين كيفية القبض في المنقول¹؛ وبين القبض في العقار²:

أ- كيفية قبض العقار وتسليمه:

اتّفق فقهاء المذاهب من الحنفية³، والمالكية⁴، والشافعية⁵، والحنابلة⁶؛ على أنّ تسليم العقار أو قبضه يكون بالتخلية بينه وبين المشتري؛ على وجه يتمكّن من التصرف فيه. وذلك لأن الشارح أطلق القبض وأناط به أحكاما، ولم يُبيّن، وليس له حدّ في اللغة؛ فيُرجع فيه إلى العرف، والعادة في قبض العقار ما ذُكر⁷.

إلا أنّ المالكية⁸ والشافعية⁹ اشترطوا في التخلية التي يتمّ بها قبض العقار؛ حُلّوه من أمتعة أمتعة البائع، فيجب عندهم لتمام القبض حصول الإخلاء والتخلية.

¹ المنقول: "هو الشيء الذي يمكن نقله من محلّ إلى آخر"، يُراجع: اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، (1392هـ-1972م)، ص37.

² العقار: "هو الأرض وما اتّصل بها من بناء وشجر"، أو: "هو كلّ ما له أصلٌ ثابتٌ لا يمكن نقله وتحويله"، يُراجع: اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك، مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، (1392هـ-1972م)، ص79، ومحمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، ص03.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص236، 237، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص96.

⁴ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص145، والخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج05، ص158.

⁵ الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص94، والنووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م)، ج03، ص175.

⁶ البُهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، (1421هـ-2000م)، ج03، ص241، وابن قدامة المقدسي، المغني، ج04، ص120.

⁷ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص94، والبُهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، ج07، ص504، والبُهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ج03، ص241.

⁸ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص145، والخرشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج05، ص158.

⁹ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص95، والنووي، روضة الطالبين، ج03، ص175.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ب- كيفية قبض المنقول وتسليمه:

اختلف فقهاء المذاهب في كيفية حصول القبض في غير العقار؛ على ثلاثة أقوال:

-القول الأول: يرى أصحابه أنّ قبض غير العقار من عروض وأنعام ودوابّ ومكيل وموزون ومعدود يكون بالعرف؛ كحيازة الثوب وتسليم مقود الدابة، فالقبض في كلّ شيء بحسبه؛ فما كان فيه حق توفية من السلع؛ أي أنه يحتاج إلى كيل أو وزن أو عدّ؛ فقبضه لا يتمّ إلا بكيله أو وزنه أو عدّه وتسليمه للمشتري، وقبض غير المكيل كالثياب وما يُباع جزافاً؛ يكون بتحويله من مكانه ونقله، وهذا هو مذهب المالكية¹، وهو المذهب عند الحنابلة².

-القول الثاني: يرى الشافعية³ أنّ قبض المنقول لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون جزافاً؛ كصبرة من طعام أو ثوب أو عبد أو دابة أو سفينة؛ فقبض ذلك تحويله ونقله. وإن كان المبيع مكيلاً أو موزوناً؛ فإنّ قبضه يتمّ بأمرين: أحدهما: كيل المكيل ووزن الموزون، والثاني: النقل والتحويل.

وهذا القول قريب من القول الأول؛ إلا أنّ أصحابه يشترطون النقل والتحويل زيادة على كيل المكيل ووزن الموزون.

-القول الثالث: ذهب الحنفية⁴، والحنابلة في رواية⁵؛ إلى أنّ القبض يحصل بالتخلية والتخلّي، أي أن يُخلّي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما، على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه.

¹ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص145، والخرخشي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج05، ص158، والآبي الأزهرى، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج02، ص76، والغرياني، الصاق بن عبد الرحمان، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط2، (1440هـ-2019م)، ص289.

² البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، ج03، ص238، 241، وابن قدامة، المغني، ج04، ص120، والبهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، ج07، ص500، 503.

³ الشربيني، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص95، والنووي، روضة الطالبين، ج03، ص176، والماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص227.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص236، 237، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص96، 97.

⁵ ابن قدامة، المغني، ج04، ص120.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثاني- مفهوم القبض أو التسليم في القانون الجزائري:

يترتب على انعقاد البيع؛ التزام البائع بتسليم المبيع وملحقاته للمشتري، إلا أن هذا الالتزام متفرّع عن التزام البائع بنقل ملكية المبيع، ويتفرّع أيضا عن الالتزام بنقل الملكية: التزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى أن يُسلّمه إلى المشتري¹.

والتسليم إجراء يُقصد به تمكين المشتري من المبيع بحيث يستطيع أن يُباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أي عائق².

وعن حالة التسليم ومضمونه؛ نصّت المادة 364 'ق،م،ج' على ما يلي: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع "

وهي مسألة بديهية؛ لأنّ التراضي الذي أنشأ العقد وربّب آثاره تعلّق بالمبيع على الحالة التي كان عليها وقت قيامه؛ فوجب تسليمه بذات الحالة التي كان عليها³.
أمّا ما يتعلق بكيفية التسليم وتام حصوله؛ فإنه يتمّ بتوقّف أمرين⁴:

-الأمر الأوّل: وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون مانع، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري؛ وإنما يكفي وضع المبيع تحت تصرف المشتري؛ حيث يتمكن من الانتفاع به دون عائق، ومن أمثلة العائق: عدم تخلية البائع للعين المبيعة؛ كأن يبيع دارا وله فيها متاع؛ فلا يحصل التسليم حتّى يُسلّمها فارغة.

-الأمر الثاني: إعلام المشتري بأنّ المبيع قد وُضع تحت تصرّفه؛ إذ يجب على البائع أن يُخبره بذلك؛ منعًا لكلّ لبسٍ حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرّفه، ولم يشترط المشرّع الجزائري أيّ شكلٍ لهذا الإعلام أو الإخطار؛ إذ يمكن أن يتمّ بأي شكل من الأشكال؛ كأن يكون في صورة إنذار رسمي، أو خطاب موصى عليه بعلم الوصول، ويمكن أن يحصل الإخطار مشافهة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج04، ص556، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ص258.

² جميل الشّرقاوي، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة، ص191.

³ أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2010م، ص161.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2014م، ص178، 179.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذا ما جاء في نص المادة 367 'ق، م، ج'، التي نصّت على أنه: " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع، أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية."

من خلال قراءة نص المادة-سالفه الذكر-؛ يتبين أنّ المشرع الجزائري وضع قاعدة عامة في كيفية التسليم، وردّها إلى كلّ طريقة تجعل المبيع تحت تصرّف المشتري، وعليه فإنّ التسليم يحصل بطرق مختلفة؛ حسب طبيعة الشيء المبيع.

فإذا كان المبيع عقاراً؛ فإنّ وضعه تحت تصرّف المشتري يكون أولاً بتخليّة البائع له؛ أيّ التخلّي عن حيازة العقار؛ فإذا كان أرضاً زراعية وجب عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من مواش وآلات ونحو ذلك، فلا بدّ من إخلاء العقار؛ ثم بعد ذلك تمكين المشتري من الاستيلاء عليه، ولكن قد يقتضي الأمر أن يسلمّ البائع للمشتري مفاتيح الدار حتّى يتمكن من دخولها، أو مستندات ملكية البائع للدار أو الأرض، أو عقود الإيجار الواقعة على الدار أو على الأرض؛ حتّى يتمكن المشتري من التعامل مع المستأجرين، أو بوالص التأمين حتّى يتمكن المشتري من التعامل مع شركة التأمين، وهكذا بحسب ما يكون في يد البائع، وإذا كان المبيع منقولاً، فإنّ وضعه تحت تصرّف المشتري يكون عادةً بمناولته إيّاه يدّاً بيد، وهذا متيسّر في المنقول في أكثر الأحيان¹.

وخلاصة القول في ذلك أنّ طريقة التسليم تتغيّر وتتّوّع حسب طبيعة المبيع.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 591.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مفهوم القبض وكيفية:

بعد عرض مفهوم القبض أو التسليم عند فقهاء الشريعة الإسلامية؛ وفي القانون المدني؛

يمكن تسجيل ما يلي:

1- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في عدم وضع تعريف دقيق جامع للقبض؛ لأنه ليس عقدا مستقلا، وإنما تناولوه ضمن دراستهم للعقود.

2- القانون الجزائري استعمل مصطلح "التسليم" بدل مصطلح "القبض"، وهذا يتوافق مع ما ورد في بعض كتب الشافعية؛ حيث عبّروا عن القبض بالتسليم.

3- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي - بمذاهبه الأربعة - في أنّ قبض العقار وتسليمه يحصل بالتخلية، حيث يكون العقار تحت تصرّف المشتري.

4- بالنسبة لسليم المنقول؛ فإنّ القانون المدني الجزائري أخذ برأي من يرى أنّ القبض يكون بحسب طبيعة الشيء، وهو رأي المالكية والحنابلة.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني- أثر هلاك المبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر هلاك المبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي:

أولاً- أثر الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي:

إذا هلك المبيع قبل القبض هلاكاً كلياً؛ فإنّ ما أن يكون الهلاك بأفة سماوية أو بفعل

مُتَلَف، وستتناول هذين العنصرين كالتالي:

أ- أثر الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بأفة سماوية:

إذا هلك المبيع قبل القبض هلاكاً كلياً بأفة سماوية؛ فإنّ للفقهاء ثلاثة اتجاهات:

-الاتّجاه الأول: يرى أصحابه أنّ عقد البيع يفسخ، وضمن المبيع من البائع، ويسقط الثمن

عن المشتري، وكيفية ضمان البائع هاهنا؛ أن يردّ الثمن على المشتري إن كان قد قبضه، وإن لم

يقبضه؛ فلا حقّ له فيه، وهذا الرأي للحنفية¹، والشافعية²، والحنابلة-في رواية³.

وقد استدلووا بأدلة كثيرة؛ نذكر بعضها:

-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُّؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾

فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ^ط وَإِن تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا

تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾ البقرة: 278-279.

ووجه الدلالة: أنّ ملك المبيع لا يستقرّ إلا بالقبض؛ حيث أنّ الله سبحانه فرق بين

المقبوض الذي استقر عليه الملك فلم يوجب رده، وبين الذي لم يقبض مما لم يستقر عليه الملك

فأوجب رده، فما تلف قبله فهو تالف قبل استقرار ملك المشتري عليه، فيبطل العقد، ولا

ضمان على المشتري⁴.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص226، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص93، والسمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1405هـ-1984م)، ج02، ص41.

² الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص87، والنوي، روضة الطالبين، ج03، ص159، والماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص221، والشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1416هـ-1995م)، ج02، ص70.

³ ابن قدامة، المغني، ج04، ص117.

⁴ الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص221.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- حديث ابن عباس رضي الله عنه أنه قال: "أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله"¹.

ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ قد منع المشتري من طلب الربح في المبيع بالبيع؛ لأنه غير مضمون قبل القبض على المشتري، بدليل أن ما يحدث من عيب في المبيع يستحق به المشتري الفسخ².
-الاتجاه الثاني: يرى المالكية³، والحنابلة -في المذهب⁴ - أن البيع لا يفسخ، وأن ضمان المبيع من المشتري، لأن العقد الصحيح يفيد انتقال الملكية بذاته، واستثنى المالكية⁵ سبع مسائل؛ هي كالتالي:

1- كل مبيع فيه حق توفية لمشتريه؛ وهو المثلي؛ من مكيل أو موزون أو معدود، في غير الجزاف، لأن المشتري ممنوع من تسلمه، إلا بعد التوفية، ويستمر ضمان البائع له مادام في معياره من مكيال أو ميزان، حتى يُفرغ في أواني المشتري، حتى ولو تولى المشتري الكيل أو الوزن أو العد نيابة عن البائع، بخلاف ما لو كاله البائع أو نائبه وناوله المشتري؛ فسقط من المشتري، أو هلك بعد استلامه أو عند تفرغه في أوعيته؛ فضمانه من المشتري؛ لأن قبض المبيع قد تم باستيلاء مشتريه عليه.

2- السلعة المحبوسة للثمن؛ وهي التي حبسها بائعها ولم يُسلمها للمشتري حتى يأتيه بالثمن.

3- السلعة المحبوسة للإشهاد على البيع (على التسليم أو على عدم قبض الثمن).

¹ أخرجه البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، ويبيع ما ليس عندك، حديث رقم: 2135، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1، (1423هـ-2002م)، ص513، واللفظ له، ومسلم، أبو الحسين، ابن الحجاج القشيري النيسابوري، كتاب: البيوع، باب: بطلان بيع المبيع قبل القبض، حديث رقم: 1525، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1412هـ-1991م)، ج03، ص1159.

² الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص221.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص146، والخرشى، شرح الخرشى على مختصر خليل، ج05، ص159، والآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص76، والغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، ص292، 295.

⁴ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج03، ص235، كشاف القناع عن الإقناع، ج07، ص430، 494.

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص146، والآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص76، 77، والحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، (1430هـ-2009م)، ج05، ص222، 223، والغرياني، المعاملات في الفقه المالكي، ص293، 294.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

4- المبيع الغائب على الصفة (الكاتالوج)، أو على رؤية سابقة؛، فإنّ ضمانه من البائع؛ لأنه قد ينتفع به ويستبدله، ويُعرضه للضياع، ما عدا العقار فزمانه من المشتري.

5- المبيع يباع فاسداً؛ من عقار أو غيره، لا يدخل في ضمان المشتري إلا بالقبض.

6- الثمار المباعة على رؤوس الأشجار - يباع صحيحاً - بعد بُدوّ صلاحها إذا أصابها جائحة قبل انتهاء طيبها؛ فإنّ ضمانها من البائع؛ لأنّ الثمرة تحتاج للبقاء في أصلها لتتغذى به، أمّا إذا أصابها الجائحة بعد تمام طيبها؛ فزمانها من المشتري؛ لتفريطه في جذّها، لأنه كان متمكناً من أخذها، فكان ذلك بمثابة القبض، وهذا بالنسبة للجوائح فقط، وأما الغصب والسرقة؛ فالضمان من المشتري بمجرد العقد الصحيح.

7- المبيع على الخيار، وسيأتي الكلام عن ذلك في المبحث الثاني من هذا الفصل.

واستثنى الحنابلة¹ أربع مسائل:

1- إذا كان المبيع فيه حقّ توفية؛ من مكيل أو موزون أو معدود أو مذروع.

2- إذا بيع المبيع بصفة - معينا كان أو في الذمة - أو برؤية سابقة.

3- إذا كان المبيع ثماراً على رؤوس الأشجار إلى وقت الجذاذ.

4- إذا منع البائع المشتري من قبض المبيع.

وقد استدلل أصحاب الاتجاه الثاني بأدلة كثيرة، نذكر منها دليلاً واحداً:

- حديث عائشة رضي الله عنها أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى أنّ الخراج بالضمان "²،

¹ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 03، ص 235، كشاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 494، 497، 498.

² أخرجه الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، أبواب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، حديث رقم: 1258، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1996، ج 02، ص 561، وقال: هذا حديث حسن صحيح، واللفظ له، وأبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، كتاب: الإجارة، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ ثم وجد به عيباً، حديث رقم: 3508، سنن أبي داود، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 2، ص 630، وابن ماجه، أبو عبد الله، محمد بن يزيد القزويني، كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضمان، حديث رقم: 2242، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دط، ص 754.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ووجه الدلالة: أنّ النبي ﷺ جعل الخراج والتّماء لمن عليه الضمان، وهذا المبيع نماؤه للمشتري فضمّانه عليه¹.

-الاتّجاه الثالث: ذهب الظاهرية² إلى عدم انفساخ البيع الصّحيح؛ إذا هلك المبيع هلاكاً كلياً أو جزئياً بآفة، وقالوا: إنّ الضّمان على المشتري ولا رجوع له على البائع بشيء، دون حاجة للقبض، وعلى البائع ألاّ يحول بين المشتري وبين قبض ما باع منه؛ وإلاّ كان غاصباً. وقد استدّلوا بقولهم: أنّ الهلاك في هذه الحالة قد وقع في ملك المشتري؛ لأنّ الملك ينتقل بمجرد العقد الصّحيح، وذكروا أنّ ارتباط الهلاك بالتسليم ليس عليه دليل من كتاب ولا سنة ولا قياس ولا رأيٍ لصحابي.

والرأي الراجح هو الرأي الأول؛ الذي يرى أنّ المبيع إذا تلف كله قبل القبض بآفة سماوية؛ فإنّ عقد البيع ينفسخ، وضمان المبيع من البائع، ويسقط الثمن عن المشتري، لقوة أدلتهم، ولأنّ من مقاصد الشريعة تحقيق العدالة بين أطراف العقد، والقول بعدم انفساخ العقد وإلزام المشتري بدفع الثمن فيه ظلم له، وهو غير مقصّر ولا يد له في هلاك المبيع، كما أنّ البيع شرع لتحقيق مصالح العباد، والوصول لأغراض مشروعة؛ فبهلاك المبيع قد فات غرض المشتري؛ فلو أمضينا العقد؛ لحرمانه من الوصول لغرضه³.

ب- أثر الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بفعل مُتلف:

قد يهلك المبيع بفعل البائع، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي، وعليه سنتناول كلّ حالة من الحالات الثلاثة:

*الحالة الأولى: الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بفعل البائع:

اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على ذلك؛ على ثلاثة أقوال:

¹ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 118.

² ابن حزم، أبو محمد عليّ بن أحمد، المحلى بالآثار، تحقيق: أحمد محمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط 1، 1348هـ، ج 08، ص 379.

³ أحمد شحادة عليّ أبو سرحان، أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص 45، 46.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-القول الأول: ذهب الحنفية¹، والشافعية في المذهب² إلى بطلان البيع وسقوط الثمن عن المشتري، ووجه هذا القول أنّ المبيع في يد البائع مضمون على البائع بالثمن؛ فلو تلف بيده سقط الثمن عن المشتري، فلا يكون مضمونا عليه بضمان آخر؛ لأنّ المحلّ الواحد لا يقبل الضمانين³.

-القول الثاني: يرى المالكية⁴ أنّ البيع لا يفسخ، وعلى البائع أن يغرم القيمة أو المثل، سواء كان المبيع في ضمانه أو في ضمان المشتري، وسواء كان الإلتلاف عمداً أو خطأ، ولا خيار للمشتري في أخذ ثمنه.

-القول الثالث: يرى الشافعية⁵ في القول المقابل للمذهب -والحنابلة⁶ أنّ البيع لا يفسخ، وللمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن؛ وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل أو القيمة.

وقد استدلوا على عدم بطلان العقد بالقياس على الجائحة، ووجه التخيير بين الفسخ والإمضاء؛ أنّ التلف حصل في يد البائع؛ فهو كحدوث العيب في يده⁷.

والراجح هو القول الثالث؛ الذي يرى أصحابه عدم بطلان البيع، وتخيير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن؛ وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل أو القيمة، بناءً على ما يلي: أنّ القول بفسخ العقد فيه ضررٌ على المشتري، الذي لم يُقصر في التزامه بمقتضى العقد، والفسخ يتعارض مع طبيعة عقد البيع؛ فهو ملزم للجانبين.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص226، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص93.

² الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص88، والرملّي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م)، ج04، ص81.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص226.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص150، والحطاب الرعييني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج06، ص420، 421.

⁵ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص88، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04، ص81.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج04، ص116، والبّهوتي، منصور بن يونس، كشّاف القناع عن الإقناع، ج07، ص496.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج04، ص116.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

كما أنّ القول بالفسخ قد يُلحق ضرراً بالمشتري في حالة ما إذا ارتفعت الأسعار، وتعسّر على المشتري الحصول على هذا المبيع بمثل هذا الثمن.
كما أنّ القول بتخيير المشتري يتيح الفرصة للمشتري لاختيار ما يراه مناسباً لمصلحته وحاجته.

* الحالة الثانية: الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بفعل المشتري:

إذا هلك المبيع كلّهُ قبل القبض بفعل المشتري؛ فإنّ البيع لا يفسخ، ويلزمه جميع الثمن؛ لأنه بالإتلاف صار قابضاً للمبيع.
وهذا قول فقهاء المذاهب من الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية³ - في المعتمد -، والحنابلة⁴.

وذلك لأنّ المشتري بالإتلاف صار قابضاً للمبيع؛ لأنه لا يمكنه إتلافه إلا بعد إثبات يده عليه، وهو معنى القبض؛ فيتقرّر عليه الثمن⁵.

* الحالة الثالثة: الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بفعل أجنبي:

إذا هلك كلّ المبيع قبل القبض بفعل الأجنبي؛ فإنّ للفقهاء ثلاثة آراء:
- الرأي الأول: ذهب الحنفية⁶ والشافعية في الأظهر⁷، والحنابلة⁸ - فيما يحتاج إلى القبض القبض وكان من ضمان البائع - إلى أنّ البيع لا يفسخ، وضمان المبيع على الأجنبي، والمشتري

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ص 226، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 02، ص 41، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 07، ص 93.

² الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 03، ص 150، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 05، ص 162، والآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج 02، ص 78.

³ النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 161، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 02، ص 88، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 80.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 116، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 496.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ص 226.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 07، ص 231، 232، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 07، ص 93.

⁷ النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 161، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 02، ص 89، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 83.

⁸ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 116، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 496.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

بالخيار؛ إن شاء فسخ البيع، فيسقط عنه الثمن، ويتبع البائع الجاني بضمان ما جنى قيمة أو مثلاً، وإن شاء أمضى البيع ورجع على الجاني الأجنبي بالقيمة أو بالمثل، وأدى للبائع الثمن كله.

ووجه عدم الانفساخ: قيام البديل مقام المبيع، ووجه التخيير: فوات العين المقصودة¹.

-الرأي الثاني: وذهب والمالكية² إلى أنّ البيع لا يفسخ، وليس للمشتري الخيار في فسخه، فسخه، ويجب على الأجنبي المتلف غرم قيمة المقوم، وغرم مثل المثلي لمن كان الضمان منه بائعاً أو مشترياً.

-الرأي الثالث: يرى الشافعية- في مقابل الأظهر³ أنّ البيع يفسخ كالتلف بأفة.

والرأي الرابع هو الرأي الأول؛ القائل بعدم انفساخ البيع وتضمن الأجنبي وإثبات الخيار للمشتري؛ لأنه يتناسب مع العدالة وتحقيق التوازن بين أطراف العقد، فالمشتري لا يد له في هذا الهلاك؛ فليس من المعقول تحميله تبعه هلاك المبيع، وإجباره على إمضاء العقد.

ثانياً- أثر الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي:

إذا هلك المبيع قبل القبض هلاكاً جزئياً؛ فإمّا أن يكون الهلاك بأفة سماوية أو بفعل

مُتْلِف، وستتناول هذين العنصرين كالتالي:

أ- أثر الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض بأفة سماوية:

إذا هلك المبيع قبل القبض هلاكاً جزئياً بأفة سماوية؛ فإنّ للفقهاء ثلاثة اتجاهات:

-الاتجاه الأول: ذهب الحنفية⁴ والحنابلة في رواية⁵ إلى التفصيل في نقصان المترتب عن الهلاك الجزئي؛ فإن كان نقصاناً قدر (في المكيل والموزون والمعدود): فإنّ البيع يفسخ في

¹ الشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص89، والرمل، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج4، ص83، وقلبيوي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، وعميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي، حاشيتا قلوبوي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط3، (1375هـ-1956م)، ج2، ص212.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص150، والخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج5، ص162.

³ النووي، روضة الطالبين، ج3، ص161، والشريبي، مغني المحتاج، ج2، ص89، والرمل، نهاية المحتاج، ج4، ص83.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص228، 229، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، ص107، 108.

⁵ البهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج3، ص232، كشّاف القناع عن الإقناع، ج7، ص495.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الجزء الهالك، وتسقط حصته من الثمن، وللمشتري الخيار في الباقي؛ إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك.

أما إن كان النقصان نقصاناً وصف (كالشجر والبناء في الأرض، وأطراف الحيوان، والجودة في المكيل والموزون)؛ فإنّ البيع لا يفسخ، ولا يسقط عن المشتري شيء من الثمن، والمشتري بالخيار: إن شاء أخذه بجميع الثمن، أو شاء ترك لتعيّب المبيع.

-الاتّجاه الثاني: وذهب الشافعية¹ والحنابلة في رواية² إلى القول بتخيير المشتري بين فسخ البيع وإمضائه؛ فإنّ أجازته أخذ المبيع بكلّ الثمن، وذلك لقدرته على الفسخ، فكأنه رضي بالمبيع معيماً مع علمه بذلك.

-الاتّجاه الثالث: إذا تعيّن العين المبيعة بأفة سماوية وكانت في ضمان البائع؛ فيُنظر للباقي بعد التلف؛ فإن كان الباقي بعد التلف النصف فأكثر؛ وكان المبيع متعدداً-كمن اشترى دابتين فتلفت إحداهما-؛ لزم المشتري الباقي بحصته من الثمن، وإن كان متّحداً-كدابة-؛ خيّر المشتري بين ردّ المبيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن، ويرجع على البائع بقيمة الجزء الهالك، وإن كان الباقي بعد التلف أقل من النصف، ينظر إلى المبيع؛ فإن كان قيميّاً؛ حرّم التمسك بالباقي، ووجب ردّ المبيع، وأخذ جميع الثمن، وإن كان مثليّاً؛ يخيّر المشتري بين فسخ البيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن، وهذا مذهب المالكية³.

ب- أثر الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض بفعل مُتلف: قد يهلك المبيع بفعل البائع، أو بفعل المشتري، أو بفعل أجنبي، وعليه سنتناول كلّ حالة من الحالات الثلاثة:

-الحالة الأولى: الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض بفعل المشتري:

اتفق فقهاء المذاهب؛ من الحنفية⁴ والمالكية⁵

¹ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، ص89، والرملّي، نهاية المحتاج، ج4، ص83.

² ابن قدامة، المغني، ج4، ص117.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص148،149، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص160،161.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص230، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص41،

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص151، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص162.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والشافعية¹ والحنابلة² على أنّ المشتري إذا أتلّف بعض المبيع قبل قبضه؛ فإنّ البيع لا يفسخ، ويلزمه جميع الثمن؛ لأنّه بالإتلاف صار قابضاً للمبيع.

-الحالة الثانية: الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض بفعل البائع:

اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على ذلك؛ على أربعة أقوال:

-القول الأول: يرى أصحابه أنّ البيع يفسخ بقدر الجزء الهالك، وتسقط حصته من الثمن، سواء كان النقصان نقصان قيمة أو نقصان وصف، لأنّ الأوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجناية عليها، وللمشتري الخيار في الباقي؛ إن شاء أخذه بحصته من الثمن، وإن شاء ترك لتفرّق الصفقة عليه، وهذا رأي الحنفية³.

-القول الثاني: يرى أصحابه أنّ جناية البائع كالأفة؛ فللمشتري الخيار؛ إن شاء فسخ واستردّ

الثمن، وإن شاء أجاز بجميع الثمن، وهذا رأي الشافعية⁴ في الأظهر،

-القول الثالث: يرى الشافعية⁵ -في مقابل القول الأظهر- والحنابلة⁶ أنّ المشتري مخيّر بين الفسخ والرجوع بالثمن؛ وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما أتلّف؛ أي يرجع بالغرامة أو الأرش على البائع.

-القول الرابع: وذهب المالكية⁷ إلى عدم انفساخ البيع، وليس للمشتري الخيار في فسخه، وعلى البائع العرْمُ بالقيمة أو بالمثل، سواء كان المبيع من ضمان البائع أو من ضمان المشتري، كان الإتلاف عمداً أو خطأً.

¹ الشريبي، مغني المحتاج، ج 02، ص 89، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 84، 83.

² ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 116، والبُهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 03، ص 232، وكشاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 496.

³ الكاساني، بدائع الصنائع، ج 07، ص 229، وابن عابدين، رد المحتار، ج 07، ص 107، 108.

⁴ النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 165، 166، الشريبي، مغني المحتاج، ج 02، ص 90، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 84.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 166، الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 02، ص 90، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 84.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 117، والبُهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج 03، ص 233، وكشاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 495.

⁷ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج 03، ص 150، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 05، ص 162.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والراجع هو القول الثالث؛ الذي يرى أصحابه عدم بطلان البيع، وتخيير المشتري بين الفسخ والرجوع بالثمن؛ وبين البقاء على العقد ومطالبة المتلف بالمثل أو القيمة، بناء على ترجيح هذا القول في حالة هلاك المبيع كـلّه بفعل البائع؛ مراعاة لانسجام الأحكام وتناسقها.

-الحالة الثالثة: الهلاك الجزئي للمبيع قبل القبض بفعل أجنبي:

اختلف الفقهاء في الأثر المترتب على ذلك؛ على قولين:

-القول الأول: يرى الحنفية¹ والشافعية² والحنابلة³ أنّ البيع لا يفسخ، والمشتري بالخيار؛ إن شاء فسخ وأتبع الجاني بضمان ما جنى، وإن شاء اختار البيع وأتبع الجاني بالضمان، وعليه جميع الثمن.

-القول الثاني: ويرى المالكية⁴ عدم انفساخ البيع، وليس للمشتري الخيار في فسخه، سواء كان المبيع من ضمان البائع أو من ضمان المشتري، وعلى الأجنبي المتلف العزم بالقيمة أو بالمثل؛ لمن كان الضمان منه؛ من بائع أو مشتري.

والرأي الراجح هو القول الأول؛ القائل بعدم انفساخ البيع وتضمين الأجنبي وإثبات الخيار للمشتري؛ لأنه يتناسب مع العدالة وتحقيق التوازن بين أطراف العقد، وكذلك مراعاة لتناسق الأقوال المختارة وعدم تعارضها؛ لأنّ هذا القول هو الراجح في مسألة الهلاك الكليّ بفعل الأجنبي.

الفرع الثاني - أثر هلاك المبيع قبل القبض في القانون الجزائري:

الحديث عن تبعة الهلاك هنا؛ في حالة ما إذا كان الهلاك قد حدث بعد انعقاد البيع، أمّا إذا كان الهلاك واقعا قبل البيع؛ فإنّ البيع يكون باطلا بطلانا مطلقا؛ لاستحالة محل الالتزام⁵.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص231، 232، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص107.

² النووي، روضة الطالبين، ج03، ص165، الشرييني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص90، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04، ص84.

³ ابن قدامة، المغني، ج04، ص117، والبّهوتي: شرح منتهى الإرادات، ج03، ص233، وكشّاف القناع عن الإقناع، ج07، ص496.

⁴ الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص150، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج05، ص162.

⁵ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص118.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

كما أنّ الهلاك لا يلحق إلا بالمبيع المعيّن بذاته، فهو وحده الذي يظهر فيه أثر الهلاك؛ وهو استحالة التنفيذ، أمّا المعيّن بالنوع؛ فيستطيع البائع أن يحصل على مثله من السوق ويسلمه للمشتري¹.

وقبل الحديث عن هلاك الشيء المبيع؛ يجدر الكلام عن طبيعة التزام البائع بتسليم المبيع، حيث أنّ هذا الالتزام هو التزام بتحقيق غاية؛ لأنه متفرّع عن التزامه بنقل ملكية المبيع، ويترتب على كونه تحقيق غاية؛ أنّ تبعة هلاك المبيع قبل التسليم تكون على البائع، ولو كان المشتري قد أصبح مالكاً للمبيع قبل هلاكه².

إنّ البحث عن تبعة الهلاك يفترض أنّ الهلاك وقع بسبب أجنبي؛ لا يد للبائع أو المشتري فيه؛ لأنه إذا هلك المبيع بفعل البائع بقي البائع مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه، ويكون للمشتري أن يستردّ الثمن، وفوق ذلك يلتزم البائع بالتعويض، وإذا هلك المبيع بفعل المشتري بقي المشتري ملتزماً بالثمن، وإذا هلك المبيع بفعل أجنبي؛ كان هذا الأجنبي هو المسؤول³.

ومجمل القول أنّ نطاق تبعة الهلاك ينحصر في المبيع المعيّن بالذات إذا هلك هلاكاً كلياً أو جزئياً؛ بعد انعقاد البيع لسبب أجنبي لا يد للمتبايعين فيه.

أولاً- تبعة الهلاك الكلي: انتهج المشرّع الجزائري قاعدة تبعة العقد؛ والتي تعني تبعة استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي، حيث جعل الهلاك قبل التسليم على البائع؛ بوصفه مدينا بالتسليم، وإذا استحال تنفيذ هذا الالتزام؛ فإنّ الالتزام المقابل له ينقضي؛ وهو التزام المشتري بدفع الثمن وينفسخ البيع⁴.

وقد نصّت المادة 369 'ق،م،ج' على ما يلي: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه؛ سقط البيع، واستردّ المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

¹ أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، ص 181، 182، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص 293.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 608.

³ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص 119.

⁴ المرجع نفسه، ص 119، 121.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويُتضح من هذا النص أنه جعل تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم؛ لا بانتقال الملكية، إذ تظلّ تبعة الهلاك على البائع حتى يقوم بتنفيذ التزامه بالتسليم؛ حتى ولو انتقلت الملكية إلى المشتري، والعكس صحيح؛ فإنّ المشتري يتحمّل تبعة الهلاك إذا تسلّم المبيع، ولو لم تنتقل إليه الملكية¹. والسبب في عدم تحميل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم بالرغم من أنه أصبح مالكا؛ أنّ الملكية لا تخلص له فعلا إلا بالتسليم، وأنّ التزام البائع بالتسليم هو جزء من مكمل لالتزامه بنقل الملكية، فإذا هلك المبيع قبل التسليم بقوة القاهرة أو بحادث فجائي؛ فإنّ التزام البائع بالتسليم يُصبح مستحيل التنفيذ، ومتى أصبح الالتزام في عقد ملزم للجانبين - كعقد البيع - مستحيل التنفيذ؛ انفسخ العقد بحكم القانون طبقا للقواعد العامة، ويسقط بانفساخه التزام المشتري بدفع الثمن².

ثانيا- تبعة الهلاك الجزئي:

أورد المشرّع الجزائري أحكام الهلاك الجزئي في نص المادة 370 'ق،م،ج'، التي نصّت على ما يلي: "إذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، جاز للمشتري إمّا أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتمّ البيع، وإمّا أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن".

من خلال نص المادة- السالفة الذكر- يتّضح أنّ الهلاك الجزئي الذي لحق المبيع، أو نقص قيمته بسبب التلف؛ إذا حصل بفعل البائع؛ كان هو المسؤول عن الهلاك والتعويض بطبيعة الحال، وإن حصل الهلاك بفعل المشتري؛ كان هو المسؤول، وعليه أن يدفع الثمن كاملا للبائع، أمّا إذا كان الهلاك الجزئي قد وقع بفعل القوة القاهرة أو الحادث الفجائي؛ فإنّ تبعة هذا الهلاك تكون على البائع، ويترتب على ذلك أنّ المشتري يكون بالخيار بين الفسخ أو إنقاص الثمن بما يتناسب مع ما هلك من المبيع أو نقص من قيمته، دون أن يكون له الحق في التعويض؛ لأنّ الهلاك وقع بفعل القوة القاهرة، ويكون الفسخ في حالة بلوغ الهلاك قدرا من الجسام؛ بحيث لو طرأ قبل العقد لما تعاقد المشتري³.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص 297، 298.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، ص 611.

³ المرجع نفسه، ص 617، 618، وسمير تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ط 1، 2009م، ص 234، 235، أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، ص 184، سي يوسف زاهية، الواضح في عقد البيع، ص 216.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ثالثاً- استثناءات على مبدأ ربط الهلاك بالتسليم :

القاعدة هي ارتباط تبعة الهلاك بالتسليم؛ بحيث تقع على البائع قبل التسليم، وعلى المشتري بعد التسليم، لكن هناك حالات تكون فيها التبعة على المشتري قبل أن يحصل التسليم من قبل البائع، وهي¹:

1- إذا حصل اتفاق بين البائع والمشتري على تحمّل المشتري تبعة الهلاك؛ لأنّ قاعدة تحمّل البائع تبعة هلاك المبيع قبل التسليم ليست من النظام العامّ.

2- إذا هلك المبيع في يد البائع وهو حابس له لعدم وفاء المشتري بالتّمن، بشرط أن لا يكون الهلاك قد وقع بفعل البائع أو نتيجة إهماله، وقد نصّت المادة 391 'ق،م،ج' على أنّه: "إذا تلف المبيع في يد البائع وهو ماسك له، كان تلفه على المشتري، ما لم يكن التّلف قد وقع من فعل البائع".

3- إذا أعذر البائع المشتري بتسلّم المبيع فامتنع عن تسلّمه؛ في الوقت الذي كان التزامه بالتسليم حالاً.

4- إذا وضع المشتري يده على المبيع قبل دفع التّمن ومن دون إذن البائع، وهلك المبيع تحمّل المشتري تبعة الهلاك.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص301، 302، وسي يوسف زاوية حورية، الواضح في عقد البيع، ص218، 219.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المبيع قبل القبض:

من خلال ما تمّ بيانه حول أثر هلاك المبيع قبل التسليم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ يمكن الخلوّص إلى بعض النتائج:

1- يتفق الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في انتقال الملكية للمشتري بمجرد العقد الصحيح.

2- يتفق القانون المدني الجزائري مع مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة- في رواية-؛ في حالة الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بأفة سماوية(القوة القاهرة أو الحادث الفجائي)؛ حيث أنّهم قرّروا انفساخ عقد البيع، وأنّ ضمان المبيع من البائع، وأنّ الثمن ساقط عن المشتري، وكيفية ضمان البائع هاهنا؛ أن يردّ الثمن على المشتري إن كان قد قبضه، وإن لم يقبضه؛ فلا حقّ له فيه.

3- وإذا كان الهلاك الكلي من قبل البائع قبل التسليم؛ فإنّ القانون المدني الجزائري يتوافق مع مذهب الحنفية والشافعية الذي قال ببطلان البيع وسقوط الثمن عن المشتري، إلا أنّ القانون الجزائري أعطى الحقّ للمشتري في طلب التعويض عمّا أصابه من ضرر.

4- يتوافق القانون المدني الجزائري مع رأي المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة في حالة هلاك المبيع-هلاكا كليًا- قبل التسليم من قبل المشتري؛ إذ أنّهم قرّروا عدم انفساخ البيع، وأنّ المشتري مسؤول عن خطئه، ويظلّ ملتزما بدفع كلّ الثمن.

5- لم ينصّ المشرّع الجزائري على حالة هلاك المبيع بفعل الغير، ولكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، التي تقضي بإعطاء الخيار للمشتري بين فسخ البيع مع استرداد الثمن، أو إجازة البيع والرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته، وهذا يتوافق مع رأي الحنفية، والشافعية-في الأظهر-، والحنابلة.

6- في حالة الهلاك الجزئي بأفة: يشترط القانون المدني الجزائري لطلب الفسخ؛ أن يكون الهلاك جسيما، وهذا ما يشترطه فقهاء المذاهب، إلا أنّ اشتراط الجسامة في الهلاك لطلب

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفسخ يقترب من المذهب المالكي، الذي قرّر في حالة ما إذا كان الباقي بعد التلف أقل من النصف: أنه يُنظر إلى المبيع؛ فإن كان قيمياً؛ حرّم التمسك بالباقي، ووجب ردّ المبيع، وأخذ جميع الثمن، وإن كان مثلياً؛ يخيّر المشتري بين فسخ البيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن.

7- استعمل الفقهاء عبارة "ينفسخ" التي تدلّ على أنّ البيع يفسخ من تلقاء نفسه؛ دون اللجوء إلى القضاء، بخلاف القانون المدني الجزائري الذي استعمل عبارة "جاز للمشتري إمّا أن يطلب فسخ البيع"؛ التي تفيد أنّ الفسخ في حالة الهلاك الجزئي يكون بحكم قضائي.

8- في حالة الهلاك الجزئي الواقع بفعل البائع؛ فإنّ القانون المدني الجزائري يتوافق في الجملة مع مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في إعطاء الخيار للمشتري بين الفسخ والإجازة؛ إلا أنّ القانون المدني قرّر فوق الفسخ تعويضاً للمشتري، أما في حالة الهلاك الجزئي بفعل المشتري؛ فإنّ الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري يتفقان في تحمّل المشتري تبعه فعله؛ إذ أنه بفعله هذا يُعدّ قابضاً لكلّ المبيع.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثالث- أثر هلاك المبيع بعد القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر هلاك المبيع بعد القبض في الفقه الإسلامي:

إذا هلك المبيع بعد قبض المشتري له-بآفة أو بفعل المشتري-؛ فإنّ المبيع يدخل في ضمانه، ولا يفسخ البيع بهلاكه، وهلاكه على المشتري، وعليه جميع الثمن، لأنّ البيع قد تقرّر بقبض المبيع؛ فتقرّر الثمن، وإن كان الهلاك بفعل الأجنبي أو البائع: ضمانه للمشتري، وهذا رأي فقهاء المذاهب؛ من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴.

إلا أنّ الحنفية⁵ قالوا: إذا هلك المبيع بفعل البائع؛ وكان المشتري قد قبض المبيع دون إذن البائع، والثمن غير منقود؛ فإنّ البيع يُفسخ، ويكون البائع باعتدائه مستردّاً للمبيع، وعليه ضمانه.

والحديث عن هلاك المبيع بعد القبض يُثير مسألة مهمة تعرّض لها الفقهاء، وهي هلاك المبيع بعد التخلية في مدة يحتاج فيها المبيع إلى البقاء على أصله، فإذا كان المبيع ثماراً على شجرٍ قد بدا صلاحها على أصولها، وهلكت بجائحة؛ فإنّ الفقهاء تناولوا هذه المسألة؛ التي تُعرف بمسألة وضع الجائحة، فما أثر الجوائح على المبيع بعد التخلية في الفقه الإسلامي؟ قبل الوقوف على أثر الجوائح في الفقه الإسلامي، يتعيّن بيان مدلولها اللغوي والاصطلاحي.

أولاً- الجائحة لغة:

الجَوْحُ: الإهلاك والاستئصال، والجائحة: الشدّة والتنازلة العظيمة التي تجتاح المال من سنة أو فتنة⁶.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص228، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج07، ص107.

² ابن جزّي الغرناطي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، (1434هـ-2013م)، ص419، والكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت، ج02، ص279.

³ النووي، روضة الطالبين، ج03، ص159، والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04، ص79.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج04، ص116، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج07، ص494.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص228.

⁶ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج06، ص354، 355.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والجائحة: آفةٌ تبتاح الثمر؛ سماويةً، ولا تكون إلا في الثمار¹.

ثانياً- الجائحة في اصطلاح الفقهاء:

الجائحة لها تعريفات عدّة، نذكر بعضها فيما يلي:

عرّفها بعض المالكية؛ فقال: "هي العاهة التي تصيب الثمار قبل بدو صلاحها"².

وعرّفها صاحب المغني بقوله: "الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها؛ كالريح والبرد

والجراد والعطش"³.

ولا خلاف أنّ البرد والقحط والعطش جائحة، وكذلك كلّ ما كان آفة سماوية، وأما ما

كان من الآدميين كالسرقة؛ ففيه خلاف؛ منهم من لم يره جائحة، ومنهم من اعتبره جائحة؛

تشبيهاً بالآفة السماوية⁴.

ثالثاً- آراء الفقهاء في أثر الجائحة:

اختلف أهل العلم في وضع الجوائح⁵ إذا بيعت الثمرة بعد بدو صلاحها، وسلّمها البائع

للمشتري بالتخلية ثمّ تلفت بالجائحة قبل أوان الجذاذ⁶.

ويمكن حصر اختلاف الفقهاء في وضع الجوائح؛ في ثلاثة آراء:

-الرأي الأول: يرى الشافعية في القديم⁷ والحنابلة⁸ أنّ وضع الجائحة عن المشتري واجبٌ،

واجبٌ، وهي من ضمان البائع؛ فيرجع المشتري عليه بما دفعه من الثمن، بقدر ما تلف، فإن

هلك جميع الثمار بطل العقد، ورجع المشتري على البائع بجميع الثمن، وإن أصابت الجائحة

بعض الثمار انفسخ العقد في القدر الهالك.

¹ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج06، ص355.

² الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج02، ص309.

³ ابن قدامة، المغني، ج04، ص216.

⁴ الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن

الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، (1427هـ-2006م)، ج10، ص118.

⁵ المراد بوضع الجوائح: حطُّ الثمن والخسارة عن المشتري؛ فلا يتحمّلها لوحده.

⁶ الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج10، ص118.

⁷ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص120، والرزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04،

ج04، ص154.

⁸ ابن قدامة، المغني، ج04، ص215، والبهوتي، كشف القناع عن الإقناع، ج08، ص78.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

واستدلوا بحديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم " أمر بوضع الجوائح " ¹.

-الرأي الثاني: ذهب المالكية ² إلى وضع جائحة الثمار عن المشتري؛ أي سقوط الثمن عن المشتري بقدر ما أصابته الجائحة، بشرط أن تصيب الثلث فأكثر من الثمر لا أقل.

ودليلهم في ذلك ³: تخصيص ظواهر الأدلة بالعرف والعادة، لأنّ الشّرع قصد بوضع الجوائح رفع الضّرر عن المشتري، وهذا الضّرر يتقدّر بما هو كثير لا بما هو قليل، وبالنظر في عادة الشّرع في اعتبار ما هو كثير؛ اتّضح أنّه اعتبر الثلث في الفصل بين القلّة والكثرة في غير موضع، وقد قال صلى الله عليه وسلم في الوصيّة: " الثلث، والثلث كثير " ⁴.

-الرأي الثالث: وذهب الحنفية ⁵ والشّافعية في الجديد ⁶ إلى القول بعدم وضع جائحة الثمار؛ الثمار؛ فضمامها من المشتري، وعليه جميع الثّمن.

واستدلوا بحديث أبي سعيد الخدريّ: " أصيب رجلٌ في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمارٍ ابتاعها، فكثرت دينه؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: « تصدقوا عليه »، فتصدّق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لغرمائه: « خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك » ⁷.

¹ أخرجه مسلم، كتاب: المساقاة، باب: وضع الجوائح، حديث رقم: 1554، صحيح مسلم، ج3، ص1191، واللفظ له، وأبو داود، كتاب: البيوع، باب: في بيع السنين، حديث رقم: 3374، سنن أبي داود، ص608، والتّسائي، أبو عبد الرحمان، أحمد بن شعيب، كتاب: البيوع، باب: وضع الجوائح، حديث رقم: 6075، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2001م)، ج06، ص31، والبيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في وضع الجوائح، حديث رقم: 10628، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م)، ج05، ص498.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص183، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج05، ص190، والحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج05، ص270،

³ الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج05، ص270.

⁴ أخرجه البخاري، كتاب: الوصايا، باب: الوصيّة بالثلث، حديث رقم: 2743، صحيح البخاري، ص677، ومسلم، كتاب: الوصيّة، باب: الوصيّة بالثلث، حديث رقم: 1628، صحيح مسلم، ج03، ص1250.

⁵ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج04، ص36، والقُدوري، أحمد بن محمد، التجريد، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط2، (1427هـ-2006م)، ج05، ص2410.

⁶ الشربيني، مغني المحتاج، ج02، ص120، والزّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04، ص154.

⁷ أخرجه مسلم، كتاب: المساقاة، باب: استحباب الوضع من الدّين، حديث رقم: 1556، صحيح مسلم، ج03، ص1191، وأبو داود، كتاب: الإجارة، باب: في وضع الجائحة، حديث رقم: 3469، سنن أبي داود، ص624.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ووجه الدلالة أنّ رسول الله ﷺ لم يُبطل دين الغرماء بذهاب الثّمار وفيهم باعتهما، ولم يُرَدّه على الباعة بالثّمن؛ إن كانوا قد قبضوا ذلك منه، فدلّ ذلك على أنّ الجوائح الحادثة في يد المشتري لا تكون مطالبة عنه شيئاً من الثّمن؛ الذي عليه للبائع¹.

والراجع الوضع مطلقاً؛ من غير فرق بين القليل والكثير، وبين البيع قبل بُدوّ الصّلاح وبعده².

الفرع الثاني - أثر هلاك المبيع بعد القبض في القانون الجزائري:

رأينا أنّ تبعة الهلاك في القانون المدني الجزائري مرتبطة بالتسليم؛ لا بانتقال الملكية، إذ تظلّ تبعة الهلاك على البائع حتّى يقوم بتنفيذ التزامه بالتسليم؛ حتّى ولو انتقلت الملكية إلى المشتري، والعكس صحيح؛ فإنّ المشتري يتحمّل تبعة الهلاك إذا تسلّم المبيع، ولو لم تنتقل إليه الملكية.

وعلى البائع أن يقوم بالتسليم بالطريقة والكيفية المتفق عليها، وقد نصت المادة 367 'ق،م،ج'، على كيفية التسليم، حيث جاء فيها " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع... "

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في تبعة الهلاك بعد التسليم:

من خلال ما تمّ عرضه؛ يتبيّن أنّ القانون المدني الجزائري قد تأثر بأحكام الفقه الإسلامي، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، حيث ربط تبعة الهلاك بالتسليم، وهذا ما قرره فقهاء المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

وبالنسبة للجوائح وأثرها على هلاك المبيع الثمر بعد التخلية في الفقه الإسلامي؛ فإنّ الذي يُقابل ذلك في القانون المدني هو ما يُعرف بنظرية الظروف الطارئة، وعليه سنتعرّف بشيء من الاختصار على مدلول الظروف الطارئة في القانون المدني.

¹ الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج 04، ص 36.

² الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج 10، ص 119.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

عرفها القانون المدني الجزائري بأنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

وإذا قارنا بين مبدأ الجوائح في الشريعة الإسلامية ونظرية الظروف الطارئة في القانون

المدني؛ يمكن تسجيل ما يلي:

1- مدلول الظروف الطارئة لا يختلف عن مفهوم الجوائح التي عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية؛ فالظروف الطارئة هي حوادث عامة غير مألوفة وغير متوقعة ولا يمكن دفعها، وهذا عبر فقهاء المذاهب، لا سيما فقهاء المذهب المالكي الذين توسعوا في مدلول الجائحة لتشمل بالإضافة إلى الآفات السماوية أعمال الأدميين.

2- في نظرية الظروف الطارئة: الحوادث الاستثنائية تجعل تنفيذ الالتزام يصبح مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، وهذا الإرهاق الذي يهدد المدين بالخسارة يقابل في الجوائح: إصابة جزء غير يسير من الثمار يخرج عن العادة.

3- وضع الجوائح هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التي توجب تعديل الالتزامات التعاقدية لصالح الطرف المتضرر بسبب الظروف الطارئة.

5- نطاق الجوائح في الشريعة الإسلامية أوسع من نطاق الظروف الطارئة في القانون المدني؛ لأنّ الشريعة تعتد بالظرف الطارئ الخاص بالمتعاقد كحريق أو سرقة، بينما القوانين لا تعتد إلا بالحوادث العامة.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الرابع - أثر هلاك الثمن في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - أثر هلاك الثمن في الفقه الإسلامي:

اتَّفَق فقهاء المذاهب على أنّ الثمن في المبيع إذا كان في الذمة ثم هلك قبل قبضه فإنّ البيع لا يفسخ، وللبائع أن يأخذ بدله؛ فإن كان مثلياً أخذ مثله، وإن كان متقوماً أخذ قيمته؛ لاستقراره في ذمته، ولأن المعقود عليه هو ما في ذمة المشتري وليس عينُ الهالك¹. وهلاك الثمن في ذمة المشتري إنما يكون بهلاك نظيره من مال المشتري، فإن القول بهلاك الثمن الذي في الذمة فيه تجوز؛ لأن الثمن متى كان في الذمة فإنه لا يُوصف بالهلاك حقيقة عند هلاك نظيره من مال المشتري، ولكن أطلق على هذا النظر أنه ثمن إطلاقاً مجازياً؛ فيغرم المشتري بدله².

وأما إذا كان الثمن معيّناً في العقد، ثم هلك قبل القبض؛ فلفقهاء قولين:

- القول الأول: يرى أصحابه أنّ البيع لا يفسخ، ويلزم المشتري قيمته، وهذا هو مذهب الحنفية³ والمالكية⁴، والحنابلة⁵.

¹ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص39، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص216، والباجي، أبو الوليد، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ-1999م)، ج06، ص247، والشريبي، مغني المحتاج، ج02، ص74، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج07، ص498، 499.

² ابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، حاشية منتهى الإيرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1999م)، ج02، ص339.

³ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج06، ص479، والماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص138.

⁴ الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج06، ص247، والفندلاوي، أبو الحجاج، يوسف بن دوناس، تهذيب المسالك في نصره مذهب مالك، تحقيق: أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، (1430هـ-2009م)، ج03، ص48.

⁵ الحنابلة نصّوا على أنّ الثمن الذي ليس في الذمة حكمه كحكم المثلّث في كل ما سبق من أحكام التلف، يُنظر: البُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج07، ص498.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-القول الثاني: ذهب أصحابه القول بانفساخ عقد البيع، وهلاكها على المشتري، وهذا الرأي لُزِمَ¹ من الحنفية²، وللشافعية³.

وسبب اختلافهم في هذه المسألة راجع لاختلافهم في الدراهم والدنانير، هل تتعَيَّن في عقد البيع بالتعيين أم لا؟

فالذين قالوا بعدم انفساخ البيع عند هلاك الثمن وألزموا المشتري بإحضار بدلها، وهم الحنفية⁴ والمالكية⁵، قالوا: بعدم تعيَّن النقود في العقد.

والذين قالوا بانفساخ عقد البيع بهلاك الثمن، وهم زفر من الحنفية⁶، والشافعية⁷؛ ذهبوا إلى القول بتعيَّنهما بالعقد.

والقول الراجح والأولى بالقبول هو قول الحنفية والمالكية.

وذلك لأنَّ الابتاع يقع ويصحَّ مطلقاً، فلو كانت تتعَيَّن كالعروض لما جاز الابتاع بها حتَّى يحضرها ربُّها ليُعَيِّنها كالسَّلْع، ولما أجمع الناس على جواز الابتاع بها مطلقاً؛ فدلَّ إجماعهم على أنَّها لا تتعَيَّن، ولأنَّ المقصود جنسها لا عينها، لأنَّ الأمة مجمعة على التفرقة بين الثمن والمثمن؛ إذ الثمن غير المثمن، والمثمنون غير الثمن، وليس ثَمَّت فائدة للتفرقة بينهما إلا أنَّ أحدهما يتعَيَّن والآخر لا يتعَيَّن⁸، ولأنَّها لو كانت مما يتعَيَّن لم يَجْزِ إطلاق العقد عليها، كالثياب

¹ هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبري البصري، قال أبو حنيفة في خطبته هَذَا زفر بن الهذيل إمام من أئمة المسلمين وعلم من أعلامهم في شرفه وحسبه وعلمه، قال ابن معين: ثقة مأمون وقال ابن حبان: كان فقيهاً حافظاً قليل الخطأ، كان أبوه من أهل أصبهان، وقال أبو نعيم كان ثقة مأموناً، وتولى قضاء البصرة، ولد سنة عشر ومائة، وتوفي بالبصرة سنة ثمان وخمسين ومائة وله ثمان وأربعون سنة، يُنظر ترجمته: محيي الدين الحنفي، أبو محمد، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشي، الجواهر المضئية في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، بغداد، ط2، (1413هـ-1993م)، ج02، ص207، 208، 209.

² السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص38، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص216.

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص138.

⁴ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص38، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص216.

⁵ الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج06، ص247، والفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، ج03، ص48.

⁶ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص38، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص216.

⁷ الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص138.

⁸ الفندلاوي، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، ج03، ص48، 49.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

كالثياب والطعام وسائر ما يتعين، ولأنه بدل مستحق على وجه الثمن؛ فوجب أن يثبت في الدّمة أصله، ولأنّ الدراهم والدنانير لا يُقصدان لأعيانهما وإنما المقصود الانتفاع بهما، إذ الأغراض فيهما واحدة، ولا مزية لعين منها على عين، ولا شيء تُراد له إحدى العينين إلا وهو موجود في الأخرى، وعليه فإنّ تعين الدراهم والدنانير وعدم تعينهما بمنزلة واحدة¹.

الفرع الثاني- أثر هلاك الثمن في القانون الجزائري:

يعتبر فقهاء القانون المدني الثمن محل ثاب في عقد البيع والالتزام الأساسي والرئيسي للمشتري، كما أنّ البيع يميّز عن عقود المعاوضة الأخرى كالمقايضة، بأنّ أحد المحل المتبادلين في البيع يجب أن يكون نقودا وهو الثمن².

وقد عرّف المشرّع الجزائري عقد البيع في نص المادة 351 'ق،م،ج' بقوله: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقًا ماليًا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فمن خلال هذا التعريف يتبيّن أنّ الثمن مبلغ من النقود يلتزم المشتري بدفعه إلى البائع في مقابل نقل ملكية المبيع إليه؛ فالثمن ركن في عقد البيع لا ينعقد العقد بدونه، ويجب أن يكون الثمن نقديا.

والثمن هو المحلّ الرئيسي للالتزامات المشتري في عقد البيع، وهو مبلغ من النقود يلتزم المشتري بأدائه في مقابل نقل ملكية الحق إليه؛ فإذا انعدم الثمن لم يكن العقد بيعا بل هبة، وإذا لم يكن مبلغا من النقود فإنّ العقد يُعتبر مقايضة لا بيعا³.

وبالنسبة لهلاك الثمن فلم يرد نصّ في القانون المدني يتحدّث عن هلاك الثمن أو تلفه، كما هو الشّأن بالنسبة لهلاك المبيع؛ فقد رأينا أنّ المشرّع الجزائري تناول أحكام هلاك المبيع في نص المادتين 369 و370 من القانون المدني الجزائري، ولعلّ السبب هو أنّ القانون لا يفترض هلاك الثمن؛ فالثمن هو النقود، والنقود بعضها يقوم مقام البعض في الوفاء.

¹ القاضي عبد الوهاب، أبو محمد، بن علي بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، (1429هـ-2008م)، ج02، ص492.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، ص364، ومحمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص61.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص156.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقد تناول المشرع الجزائري الحديث عن التزامات المشتري تجاه البائع، في المواد من: 387 إلى 396 من القانون المدني الجزائري، وأهمّ هاته الالتزامات هو الالتزام بدفع الثمن. وعليه فقد رأيت أنّ الكلام عن الإخلال بالتزام المشتري بالوفاء بالثمن هو الأقرب والأنسب لهذا المطلب، وستناول هذا العنصر بشيء من الاختصار:

إذا أخلّ المشتري بالتزام الوفاء بالثمن في ميعاد استحقاقه فإنّ القواعد العامة كفيلة بحماية حقوق المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين، وتطبيقا لهذه القواعد فإنّ البائع له أن يلزم المشتري على الوفاء بالثمن عن طريق التنفيذ الجبري على أمواله، ويستطيع بوجه خاص أن يُنفذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملكا للمشتري، وله عليه حقّ امتياز البائع فيتقدّم فيه على سائر دائي المشتري، ويجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع تطبيقا لقواعد الفسخ المقرّرة في العقود الملزمة للجانبين (الفقرة الثانية من المادة 119 من القانون المدني الجزائري)، ويجوز له أخيرا أن يجس المبيع في يده حتى يستوفي الثمن (المادة 390 من القانون المدني الجزائري)، تطبيقا لقواعد الدفع بعد التنفيذ المقرّرة في العقود الملزمة للجانبين¹.

غير أنه إذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة جاز للمدين أن يطلب من القاضي تخفيض الالتزام الذي أصبح مرهقا للمدين، وهذا ما نصّت عليه المادة 107 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الثالثة: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

كما أنّ المشرع الجزائري خوّّل القاضي سلطة منح المدين أجلا وتأجيل ميعاد الوفاء المتفق عليه بين المتعاقدين رغما عن إرادة الدائن، نظرا لاعتبارات العدالة الصالح العام، وهذا ما يُسمّى بالأجل القضائي (نظرة الميسرة)، وهذا ما نصّت عليه المادة 281 من القانون المدني الجزائري، حيث جاء فيها: "يجب أن يتمّ الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 364، ومحمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص 175، ومحمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص 440، وسي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، ص 342.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين ومراعاة الحالة الاقتصادية، أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال مدة سنة وأن يُوقفوا التنفيذ، مع إبقاء جميع الأمور على حالها".

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في أثر هلاك الثمن:

ليس هناك نصّ في القانون المدني الجزائري يتحدث عن هلاك الثمن أو تلفه، فالمشرّع تناول أحكام هلاك المبيع، ولم يتناول حكم هلاك الثمن، ممّا يدلّ على أنّ المشرّع يرى أنّ الثمن أو النقود لا يُتصوّر فيها الهلاك، طالما أنّ بعضها يقوم مقام البعض، وهذا المسلك يتطابق مع رأي الحنفية والمالكية الذين قالوا بعدم تعيين النقود في العقد.

وبالنسبة لانفساخ البيع؛ فإذا نظرنا إلى أنّ المشتري قد أحلّ بالتزامه المتمثّل في دفع الثمن فإنّ البيع لا يفسخ بقوة القانون؛ بل هناك سبل ووسائل يجوز للبائع أن يسلكها، كإلزام المشتري على الوفاء بالثمن عن طريق التنفيذ الجبري على أمواله، أو التنفيذ على المبيع ذاته بعد أن أصبح ملكا للمشتري، ويجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع، لكنّ البيع لا يفسخ من تلقاء نفسه، وإذا ألحقنا هلاك الثمن بالظروف الاستثنائية غير المتوقعة؛ فليس هناك فسخ للبيع، وإنما تخفيض لالتزامات المدين المرهقة، وكذلك الأمر بالنسبة لنظرة الميسرة؛ فإنّ القاضي يمنح أجلا للمدين نظرا لمركزه ومراعاة لحالته الاقتصادية.

وأجّاه القانون الذي يقضي بعدم انفساخ البيع من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المشتري بالتزامه، أو نظرا لحدوث ظروف استثنائية طارئة يتوافق مع رأي الحنفية والمالكية.

المبحث الثالث

خيار الشرط؛ وأثر هلاك المبيع في مدته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم خيار الشرط في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: أثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الأول- مفهوم خيار الشرط في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني:
ويشتمل على ثلاثة فروع:

الفرع الأول- تعريف خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

أولاً- تعريف خيار الشرط في الفقه الإسلامي:

أ- المعنى اللغوي لخيار الشرط:

خيار الشرط مركب إضافيٌّ من كلمتين: خيار، والشرط، نتناول مدلولهما اللغوي، كالآتي:

1-تعريف الخيار: الاسم: من الاختيار، وهو طلب خير الأمرين: إمّا إمضاء البيع أو فسخه¹، والاختيار: الاصطفاء، وكذا التخيُّر².

2-تعريف الشرط: الشَّرْطُ: إلزامُ الشيء، والتزامه في البيع ونحوه، والجمع: شروط³.

ب-المعنى الاصطلاحي لخيار الشرط:

خيار الشرط-ويُسمّى خيار التروّي- من حيث معناه اللّقي هو: "ما يشترطه أحد العاقدين أو كلاهما عند العقد لينظر هل يمضي في البيع أو يتركه، وذلك خلال مدة معلومة لا يجوز تجاوزها"⁴.

وإضافة الخيار إلى الشرط من إضافة الشيء إلى سببه؛ أي أنّ سبب الخيار هاهنا هو الشرط⁵.

إنّ اقتران البيع بشرط الخيار يعني أنّ يتفق المتبايعان على أن يكون لأحدهما أو لهما أو لغيرهما فسخ العقد أو إمضاءه خلال مدة معيّنة، أي أنّ لشرط الخيار أثراً في تغيير حكم العقد من عقد لازم إلى عقد غير لازم في حقّ الطرف الذي شرط له الخيار، ومن ثمّ يحقّ له فسخ العقد خلال المدة المتفق عليها⁶.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج02، ص1300.

² الرازي، مختار الصحاح، ص81.

³ ابن منظور، لسان العرب، ج04، ص2235، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص673.

⁴ الغرياني، الصاق بن عبد الرحمان، المعاملات في الفقه المالكي، ص137.

⁵ ابن قاسم العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون ناشر، ط1، 1397هـ، ج04، ص420.

⁶ إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد-دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ط1، 2018م، ص142، 143.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ثانيا- تعريف خيار الشرط في القانون المدني الجزائري:

يقابل فكرة خيار الشرط في الفقه الإسلامي ما يسمى بالبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق، ولذا فإنّ التقنين المدني العراقي أورد إلى جانب النصوص المتعلقة ببيع التجربة وبيع المذاق نصوصا متعلقة بخيار الشرط¹.

في البيع بشرط التجربة يكون المبيع معيناً تعييناً كافياً، ومع ذلك فإنّ البيع يكون معلقاً على شرط متصل بتجربة المبيع لمعرفة مدى ملاءمته لحاجة المشتري².

وقد ورد الكلام عن البيع بشرط المذاق في نص المادة 354 'ق،م،ج'، التي جاء فيها: "يتعين على المشتري في البيع بشرط المذاق أن يقبل المبيع كيفما شاء، غير أنه يجب عليه أن يعلن بقبوله في الأجل المحدد بعقد الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من يوم هذا الإعلان."

أمّا البيع بشرط التجربة؛ فقد نصّت عليه المادة 355 'ق،م،ج'، بقولها: "في البيع على شرط التجربة؛ يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولا .

يعتبر البيع على شرط التجربة بيعاً موقوفاً على شرط القبول، إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أنّ البيع معلق على شرط فاسخ."

والبيع بشرط التجربة يكون عادة في الأشياء التي لا يمكن التأكد من صلاحيتها للغرض المقصود منها قبل تجربتها، ويكون ذلك عادة في المنقولات؛ كالسيارات والآلات الميكانيكية والآلات الموسيقية والأثاث والحيوانات بأنواعها، وقد يكون ذلك في العقارات؛ كمن اشترى منزلاً ويريد أن يجربه بالسكنى فيه لمعرفة مدى ملاءمته³.

والأصل أن ينصّ على شرط التجربة أو المذاق لقبول البيع أو رفضه صراحة، كما يقع عادة في بيع المركبات المستعملة، وقد يُستفاد الشرط ضمناً بالنسبة للبيوع التي جرى العمل أو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، ص143.

² سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ص82، وأحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، ص85.

³ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ص83.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

العرف أو العادات على ضرورة تجربة المبيع قبل إبرام العقد، كما في بيع الأجهزة السمعية البصرية أو الملابس الجاهزة¹.

وبالنسبة للبيع بشرط المذاق؛ فعادة ما يكون باشتراط المشتري على البائع عدم تمام البيع إلا بعد تذوق المشتري وقبوله له، وقد يكون الشرط صريحاً، وقد يكون ضمناً مستخلصاً من الظروف والملابسات، فهناك مبيع لا يُدرك كنهه ألا بمذاقه؛ كالزيت والزيتون والخلّ وبعض المأكولات والمشروبات التي تختلف باختلاف أذواق الناس².

الفرع الثاني- إثبات خيار الشرط في الفقه الإسلامي:

خيار الشرط ثابت للمتبايعين إذا شرطاه، أو اشترطه البائع أو المشتري، وهذا مذهب عامة أهل العلم؛ فهو مذهب الحنفية³ والمالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶.
ودليل ثبوت شرط الخيار: قوله ﷺ: " المسلمون على شروطهم؛ إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحلّ حراماً"⁷.

¹ أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، ص 85.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 139.

³ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 02، ص 65، 66، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج 07، ص 101.

⁴ الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج 02، ص 285، وابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد أبو الأحناف وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، (1415هـ-1995م)، ج 02، ص 455 وما بعدها.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج 03، ص 111، والرملی، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 04، ص 12.

⁶ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 65، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 417.

⁷ أخرجه الترمذي، أبواب: البيوع، باب: ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيباً، حديث رقم: 1258، الجامع الكبير، ج 02، ص 561، وقال: هذا حديث حسن صحيح، واللفظ له، وأبو داود، كتاب: الإجارة، باب: فيمن اشترى عبداً فاستعمله؛ ثم وجد به عيباً، حديث رقم: 3508، سنن أبي داود، ص 630، وابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: الخراج بالضممان، حديث رقم: 2242، سنن ابن ماجه، ج 02، ص 754.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثالث- انتقال الملكية أثناء فترة الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

أولاً- انتقال الملكية أثناء فترة الخيار في الفقه الإسلامي:

الكلام عن انتقال ملكية المبيع في فترة الخيار له ارتباط وثيق بهلاك المبيع أثناء زمن الخيار، ولذا وجب معرفة من يملك المبيع أثناء فترة التعليق بالخيار؛ وبعبارة أخرى: هل شرط الخيار مانعٌ من انتقال الملك أثناء مدّته؟

اختلف فقهاء المذاهب في هذه المسألة على أربعة أقوال:

-**القول الأول:** يرى أصحابه أنّ ملك المبيع ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، وهذا الرأي هو مقابل المعتمد عند المالكية¹، وقولٌ للشافعية²، والمذهب عند الحنابلة (أظهر الروايتين)³، وقول صاحبَي أبي حنيفة فيما إذا كان الخيار للمشتري دون البائع⁴.

-**القول الثاني:** يرى أصحابه أنّ المبيع في مُدَّة الخِيَار على ملك البائع، ولا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار، وهذا رأي الحنفية فيما إذا كان الخيار للبائع والمشتري، أو كان للبائع وحده⁵، وهو المعتمد عند المالكية⁶، وقولٌ للشافعية⁷، ورواية عند الحنابلة⁸.

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص103، والخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج05، ص120.

² النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، دط، دت، ج09، ص254.

³ الكلوزاني، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، (1425هـ-2004م)، ص237، وابن قدامة، المغني، ج04، ص70، والمرداوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج04، ص366.

⁴ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج06، ص284.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص285، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج06، ص283.

⁶ الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج05، ص120، وابن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب مذهب المالكية، ص457.

⁷ النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، ج09، ص254.

⁸ ابن قدامة، المغني، ج04، ص70.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-القول الثالث: الْمَلِكُ فِي الْمَبِيعِ فِي زَمَنِ الْخِيَارِ لِمَنْ انْفَرَدَ بِالْخِيَارِ، وَإِنْ كَانَ الْخِيَارُ لَهُمَا؛ فَالْمَلِكُ مَوْثُوقٌ؛ فَإِنْ تَمَّ الْبَيْعُ ظَهَرَ أَنَّ الْمَلِكَ لِلْمُشْتَرِي مِنْ حِينِ الْعَقْدِ، وَإِلَّا فَلِلْبَائِعِ لِأَنَّ الْبَيْعَ سَبَبُ زَوَالِهِ، وهذا الرأي هو الأظهر عن الشافعية¹.

ثانيا- انتقال الملكية أثناء فترة الخيار في القانون الجزائري:

رأينا أنّ خيار الشرط في الفقه الإسلامي يُقابلة ما يسمى بالبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق، والأصل في البيع بشرط التجربة أن يكون معلقا على شرط واقف، إلا أنه ليس هناك ما يمنع من اتفاق الأطراف على جعله معلقا على شرط فاسخ، ومعنى الشرط الواقف أنّ المشتري يضع هذا الشرط عند تعاقدته، بأن يجعل نفسه غير ملزم بالعقد حتى تتم التجربة، أي أنّ تمام العقد يكون معلقا على شرط واقف هو قبول المشتري للمبيع بعد قيامه بالتجربة، وقد يظهر من الاتفاق أو الظروف أنّ المشتري اشترط الفسخ بعد تجربة المبيع².

فقد يتفق المتعاقدان صراحة أو ضمنا على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط فاسخ فتترتب آثار العقد فور انعقاده، بحيث إذا رفض المشتري المبيع زال العقد بكلّ آثاره بأثر رجعيّ، فإذا لم يتفق المتعاقدان على ذلك لا صراحة ولا ضمنا اعتُبر البيع معلقا على شرط واقف؛ فتؤقف كلّ آثار العقد إلى أن يقبل المشتري المبيع بعد تجربته، فإذا تحقّق الشرط أصبحت كلّ آثار العقد نافذة من وقت التعاقد³.

فإذا اعتبرنا أنّ شرط التجربة هو شرط واقف بحسب الأصل فإنه يترتب على ذلك أنّ البيع لا يكون نافذا قبل تحقّق الشرط، ويكون أثر الشرط قبل تحقّقه هو أنّ المشتري يكتسب ملكية معلقة على شرط واقف، كما أنّ البائع يظلّ مالكا للشيء المبيع ولكن ملكيته تكون معلقة على شرط فاسخ⁴.

فإذا تحقّق الشرط فإنّ البيع يُعتبر باتّا بأثر رجعي من وقت إبرامه وليس من وقت تحقّق الشرط، ويتربّب على ذلك أنّ البائع يُعتبر غير مالك للمبيع في أيّ وقت بعد إبرام البيع، مع

¹ الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، والسنيني، زين الدين أبو يحيى، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دط، دت، ج02، ص53، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص422.

² سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، ص80، 81.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص81.

⁴ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ص86، 87.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

زوال جميع التصرفات الصادرة منه في ذلك الوقت، ويترتب على ذلك أيضا أنّ المشتري يُعتبر مالكا من وقت إبرام البيع وتنفيذ كل التصرفات التي أبرمها بعد البيع وقبل تحقق الشرط، وفي حالة رفض المشتري فإنّ الشرط يتخلف ويؤول البيع بأثر رجعي؛ فيُعتبر المشتري غير مالك للمبيع في أيّ وقت من الأوقات، وتسقط بالتالي كلّ الحقوق التي ربّتها على الشّيء المبيع، وبالعكس فإنّ ملكية البائع تتأكّد بزوال الشرط الفاسخ بالنسبة له، وتأكّد كلّ الحقوق التي ربّتها على الشّيء المبيع بعد إبرام العقد¹.

وأما بالنسبة للبيع بشرط المذاق فهو ليس يبيعا معلقا على شرط فاسخ أو على شرط واقف، وهو يختلف عن البيع بشرط التجربة؛ فالبيع بشرط المذاق ليس يبيعا أصلا، بل هو وعد بالبيع صادر من المالك وهو البائع، وعليه فإنّ العقد لا ينعقد إلا من الوقت الذي يُعلن فيه المشتري قبول الشراء بعد ذوق المبيع، فحصول المشتري على الحقّ في المبيع يكون من وقت إعلان القبول لا من يوم الاتفاق الأوّل².

وفي الأخير نخلص إلى أنّ البيع بشرط التجربة بيع كامل، تنتقل فيه الملكية للمشتري مستندة إلى وقت البيع، ولكنها ملكية معلقة على شرط واقف، أما البيع بشرط المذاق، فهو وعد بالبيع ليس فيه انتقال للملكية إلا عند القبول.

ثالثا- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في انتقال الملكية أثناء فترة الخيار:

من خلال النظر في مسلك الفقهاء وأهل القانون في انتقال الملكية أثناء فترة الخيار يتبيّن أنّ اتجاه القانون الجزائري لجعل ملكية المبيع تنتقل للمشتري في البيع بشرط التجربة يتوافق مع أصحاب القول الأوّل الذين رأوا أنّ ملك المبيع ينتقل إلى المشتري بنفس العقد، وفي البيع بشرط المذاق الذي ليس فيه انتقال للملكية؛ فإن هذا المسلك يتوافق مع أصحاب القول الثاني، الذين قرّروا أنّ المبيع في مُدّة الخيار على ملك البائع، ولا ينتقل إلى المشتري حتى ينقضي الخيار.

¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ص 87.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، ص 85.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المطلب الثاني- أثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط في الفقه الإسلامي:

إذا هلك المبيع أثناء فترة خيار الشرط؛ فإنما أن يكون الهلاك قبل القبض أو بعده، والخيار إما أن يكون للبائع أو للمشتري، وتفصيل ذلك على النحو الآتي¹:

- الحالة الأولى: فإن هلك المبيع قبل القبض؛ أي في يد البائع؛ بطل البيع وسقط الخيار، سواء أكان الخيار للبائع أم للمشتري، أم لهما معاً، لأنه لو كان العقد باتاً لبطل البيع بسبب العجز عن التسليم؛ فيبطل إذا كان فيه خيار شرط من باب أولى.

- الحالة الثانية: وإن هلك المبيع بعد القبض أي: في يد المشتري؛ فإن كان الخيار للبائع، فيبطل البيع أيضاً، ويسقط الخيار، ولكن يلزم المشتري القيمة إن لم يكن له مثل، والمثل إن كان له مثل، وقال ابن أبي ليلى²: إنه يهلك هلاك الأمانات؛ لأن الخيار منع انعقاد العقد بالنسبة لحكم العقد، فكان المبيع على حكم ملك البائع أمانة في يد المشتري، فيهلك هلاك الأمانات، والصحيح قول عامة العلماء، لأن البيع وإن لم ينعقد بالنسبة لحكم العقد، لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع، فلا يكون دون المقبوض على سوم الشراء، وهو مضمون بالقيمة أو بالمثل، سواء تعدى في القبض أو قصر في الحفظ، أو لم يحصل منه شيء من ذلك، فهذا أولى، لأن العقد موجود هنا، بخلاف المقبوض على سوم الشراء لم يوجد العقد بالنسبة إليه أصلاً. وإن كان الخيار للمشتري فهلك المبيع بفعل المشتري أو البائع أو بأفة سماوية: لا يبطل البيع، ولكن يسقط الخيار، ويلزم البيع، ويهلك على المشتري بالثمن، لأن المشتري وإن لم يملك المبيع

¹ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص345 وما بعدها.

² محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، العلامة، الإمام، مفتي الكوفة وقاضياها أبو عبد الرحمن الأنصاري، الكوفي، ولد سنة نيف وسبعين، أخذ عن أخيه عيسى، عن أبيه، وأخذ عن الشعبي، ونافع العمري، وعطاء بن أبي رباح، والقاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود، كان نظيراً للإمام أبي حنيفة في الفقه، قال البخاري وغيره: مات ابن أبي ليلى في سنة ثمان وأربعين ومائة، يُنظر ترجمته: الذهبي، شمس الدّين، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وحسين السيّد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، (1402هـ-1982م)، ج06، ص310 وما بعدها.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عند أبي حنيفة إلا أنه اعترض عليه في يده ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البائع؛ لأن الهلاك في يده لا يخلو عادة عن سبب له، وهذا السبب يكون عيباً، وتعيّب المبيع في يد المشتري يمنع الرد، ويلزم البيع إذ لا فائدة من بقاء الخيار، فيهلك بالثمن؛ لأن العقد قد انبرم، وهذا مذهب الحنفية¹.

وأما المالكية² فقالوا: إن هلك المبيع بيد البائع، فلا خلاف في ضمانه إياه وينفسخ البيع، وإن كان هلك بيد المشتري فالحكم كالحكم في الرهن والعارية: إن كان المبيع مما يُغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه) كالحلي والثياب؛ فيضمن المشتري للبائع الأكثر من ثمنه الذي بيع به، أو القيمة؛ لأنّ من حق البائع اختيار إمضاء البيع إن كان الثمن أكثر، وردّ البيع إن كانت القيمة أكثر، إلا إذا ثبت الهلاك بينة فلا يضمن المشتري، أي أن تقوم بينة بأنّ الهلاك وقع بغير سببه، ومن غير تفريط منه، وإن كان المبيع مما لا يُغاب عليه (لا يمكن إخفاؤه) كالدار والعقارات فالبائع يضمنه، بعد أن يحلف المشتري حيث اتهمه البائع: لقد ضاع وما فرط، إذا لم يظهر كذب المشتري.

وقال الشافعية³: إن وقع الهلاك بأفة سماوية قبل القبض يفسخ البيع ويسقط الخيار، وإن كان بعد القبض يُفسخ البيع ويسقط الخيار ويضمن المشتري القيمة إن كان الخيار للبائع، وأما إن كان الخيار للمشتري فإنه يضمن المبيع في هذه الحالة بقيمته؛ لأنه إن فسخ البيع تعذر رد العين، فوجب رد القيمة، وإن أمضى العقد فقد هلك من ملكه فيجب عليه قيمته.

¹ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص73، والكاساني، بدائع الصنائع، ج7، ص228، والزبيعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق مصر المحمية، ط1، 1313هـ، ج5، ص105، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج7، ص118.

² الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج5، ص120، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج3، ص104.

³ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص9، والشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص87.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والحنابلة¹ قالوا: إن تلف المبيع في مدة الخيار قبل القبض، وكان المبيع مكيلاً أو موزوناً انفسخ البيع، وضمنه البائع، ويبطل خيار المشتري، إلا أن يُتلفه المشتري فيكون من ضمانه، ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان، وإن كان المبيع غير مكيل ولا موزون ولم يمنع البائع المشتري من قبضه، فظاهر المذهب أنه من ضمان المشتري، ويكون كتلفه بعد القبض، وأما إن تلف المبيع بعد القبض في مدة الخيار، فهو من ضمان المشتري، ويبطل خياره، وفي خيار البائع روايتان: إحداهما: يبطل كخيار الرد بالعيب إذا تلف المبيع، والثانية: لا يبطل، وللبائع فسخ البيع، ومطالبة المشتري بقيمته أو مثله إن كان مثلياً.

الفرع الثاني- أثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط في القانون المدني الجزائري:

إذا اعتبرنا البيع بشرط التجربة يحتوي على شرط واقف-وهذا هو الأصل- وهلك المبيع بسبب أجنبي وهو لا يزال تحت التجربة وقبل تبين مصير الشرط؛ فإنه يهلك على البائع، لأن البائع هو المالك للمبيع تحت شرط فاسخ، ولأن الشرط إذا تحقق فلن يكون له أثر رجعي هلاك الشيء المبيع، ويستحيل تحقق الشرط الواقف لعدم قبول المشتري للمبيع بعد هلاكه، فيبقى البائع هو المالك وقت الهلاك، ولا يمنع من هذا أن المشتري قد تسلّم المبيع لتجربته، وأن الهلاك يكون على المشتري بعد التسليم، فإن ذلك يكون في البيع البات أو المنجز لا في البيع المعلق على شرط، غير أنه إذا اتفق المتعاقدان صراحة أو ضمناً على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ فتترتب آثار العقد فور انعقاده، ويصبح المشتري مالكا للمبيع ملكية معلقة على شرط فاسخ، فإذا هلك الشيء بسبب أجنبي هلك على المشتري لا على البائع، لأنه وقت أن هلك كان ملكاً للمشتري، حتى ولو تحقق الشرط فليس لتحققه أثر رجعي².

وإذا هلك الشيء المبيع قبل مذاقه هلك على البائع³.

¹ ابن قدامة، المغني، ج 04، ص 75، 76، والبهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج 07، ص 424.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 135، 136، 137.

³ المرجع نفسه، ص 142.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ونخلص إلى أنّ تبعة الهلاك لا تنتقل إلى المشتري بعد قبضه للمبيع في البيع بشرط التجربة، لأنّ الغرض ليس التملك وإنما تجربة المبيع، فيد المشتري على المبيع كيد أيّ شخص وضع يده على مال غيره بإذن صاحبه، فهو ملزم بالمحافظة عليه خلال هذه المدة، وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية، يستوجب بذل جهد معيّن من العناية التي يبذلها الرجل العادي، فإذا هلك المبيع تحت يده فإنه يستطيع دفع مسؤوليته عن الهلاك إذا أثبت قيامه ببذل العناية الكافية، وأنه لم يتجاوز الحدود المألوفة المتعارف عليها في استعمال الشيء للتجربة، فإن عجز عن دفع مسؤوليته يكون مسؤولاً عن الهلاك ويلزم بإتمام البيع¹.

وإذا كان هلاك المبيع بقوة قاهرة بعد انقضاء الأجل المحدد للتجربة، ولم يكن المشتري قد أعلن رفضه للمبيع فسكوته يُعدّ قبولاً²، ويتحمل هو تبعة الهلاك، وكذا إذا أعلن رفضه للمبيع في المدة المحددة وكان البائع قد أعذره بالتسليم ولم يقم به، إلا إذا أثبت أنّ الشيء المبيع سيهلك حتى ولو قام بتسليمه للبائع، فإذا تحمّل البائع تبعة الهلاك تبرأ ذمة المشتري من ردّ المبيع، ويُفسخ العقد بقوة القانون³.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في أثر هلاك المبيع في مدة خيار الشرط:

يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في تحميل البائع تبعة هلاك الشيء المبيع قبل القبض زمن الخيار، لارتباط تبعة الهلاك بالتسليم. أما في حالة الهلاك بعد القبض زمن الخيار فإنّ الفقه الإسلامي له اتّجاهان؛ اتّجاه يجعل ضمان المبيع على المشتري، وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة، واتّجاه يجعل الضمان على البائع إلا في حالتين؛ فالضمان فيهما على المشتري، فالحالة الأولى: كون المبيع ممّا لا يُغاب عليه وظهر كذب المشتري أو نكل عن اليمين بعدما وُجّهت إليه، والحالة الثانية: كون المبيع ممّا يُغاب عليه ولم تقم بينة على تلفه، وهذا الرأي للمالكية.

¹ كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، ص 149.

² الفقرة الأولى من المادة 355 من القانون المدني الجزائري.

³ كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، ص 150.

الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فهنالك توافق بين الاتجاه الأول للفقه الإسلامي وبين القانون الذي جعل الضمان على المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب أجنبي عند اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط فاسخ.

وما قرّره أهل القانون من أنّ هلاك المبيع بسبب أجنبي في حالة اعتبار البيع بشرط التجربة معلقاً على شرط واقف يكون ضمانه على البائع، وكذا في حالة هلاك المبيع قبل مذاقه، يتوافق مع رأي المالكية.

الفصل الثاني

أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأعيان في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: تعريف الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: أركان الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- المطلب الثالث: أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول- تعريف الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- تعريف الإجارة في الفقه الإسلامي:

نتطرق في هذا الفرع لتعريف عقد الإجارة في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، ثم بيان أدلة مشروعية عقد الإجارة من الكتاب الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع، من خلال الفقرتين الآتيتين:

أولاً- تعريف الإجارة في اللغة:

الإجارة والأجارة والأجارة-مثلثة-: من أَجَرَ يَأْجِرُ؛ وهو ما أعطيت من أجر في عمل، والأجرُ: الجزاء على العمل، والدَّكْرُ الحسن، والمهْرُ¹.
والهمزة والجيم والراء: أصلان يمكن الجمع بينهما بالمعنى، فالأول: الكراء على العمل، والثاني: جَبْرٌ عَظْمُ الكَسِيرِ، والمعنى الجامع بينهما أن أجره العامل كأنها شيءٌ يُجْبِرُ به حاله لِمَا لِحِقَهُ من كَدٍّ في عمله².

ثانياً- تعريف الإجارة في الاصطلاح:

لم تختلف عبارات فقهاء المذاهب في تعريف الإجارة كثيراً؛ إذ أن تعريفاتهم جاءت متقاربة في المعنى حتى وإن اختلفت ألفاظها، وهذا راجع لاختلافهم في الشروط والأركان:
-عَرَّفَهَا الحنفية بقولهم: " عقدٌ على المنافع بعوض"³، أو هي: " عقدٌ على المنفعة بعوض هو المال"⁴.

-وأما المالكية فقد عَرَّفوها بأنّها: " عقد يفيد تملك منافع شيء مباح مدة معلومة بعوض غير ناشئ عن المنفعة"⁵، أو هي: " عقدٌ معاوضة على تملك منفعة بعوض بما يدلُّ"⁶.
أي على تملك المنفعة⁷.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 01، ص 31، والفيروزآبادي، القاموس المحيط، ص 342.

² ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 01، ص 62، 63.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 05، ص 511.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج 15، ص 74.

⁵ الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج 02، ص 321.

⁶ الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، دط، (1420هـ-2000م)، ص 120.

⁷ الكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج 02، ص 321.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ومن المالكية¹ من يفرّق بين الإجارة والكراء؛ فالإجارة تطلق على منافع من يعقل، والأكرية على منافع من لا يعقل.

والتمييز بين الإجارة والكراء عند بعض المالكية هو من حيث الإطلاق فقط؛ أمّا من حيث الأحكام فلا يُفرّقون بينهما، ولذا فإنّهم قد يتجاوزون في إطلاق الإجارة على الكراء، والكراء على الإجارة².

ولكنهم قد يُطلقون الإجارة على العقد على منافع الآدمي وما يُنقل كالثياب والأواني، غير السفن والحيوان، ويُطلقون الكراء على العقد على منافع ما لا يُنقل كالأرض والدُّور، وما يُنقل من سفينة وحيوان كالزّواحل³.

- يُعرّف الشافعية الإجارة بأنّها: " عقدٌ على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم "⁴.

- وعند الحنابلة هي: " عقدٌ على منفعة مباحة معلومة، تُؤخذ شيئاً فشيئاً "⁵، أو هي: "عقدٌ على منفعة مباحة معلومة، مدة معلومة، من عين معينة، أو موصوفة في الدّمة، أو عمل معلوم بعوض معلوم، والانتفاع تابع "⁶.

وهاته التعريفات التي أوردناها لم يسلم أغلبها من بعض المآخذ؛ والتي منها⁷:

- تعريف الحنفية غير مانع من دخول النكاح؛ لأنه - أيضا - عقد على المنافع، كما أنه لم يشترط مدة معلومة في الإجارة، ولم يشترط كون الأجر معلوماً.
- يُؤخذ على تعريف بعض المالكية الوقوع في التكرار (معاوضة وعوض).

¹ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج07، ص493.

² سليمان بن صالح الخميس، الإجارة الطويلة والمنتھية بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، (1439هـ-2018م)، ص20.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص02.

⁴ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص427.

⁵ البهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج09، ص31.

⁶ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج04، ص05.

⁷ سليمان بن صالح الخميس، الإجارة الطويلة والمنتھية بالتمليك في الفقه الإسلامي، ص19 وما بعدها، ونهله أحمد عبد الفتاح خضر، أثر الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2019م، ص281.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- ويؤخذ على تعريف الشافعية مثل الذي أخذ على تعريف الحنفية، من عدم ذكر لفظ "التملك"؛ فقولهم: "عقد على منفعة" غير مانع من دخول النكاح؛ والأولى أن يُقال: "عقد يقتضي تملك منفعة..."، لأنّ النكاح إباحة لمنفعة البضع لا تملك لها.

- ومما يؤخذ على تعريف الحنابلة: عدم ذكر لفظ التملك مع المنفعة، وخلوّ التعريف الأول من ذكر العوض، أمّا التعريف الثاني لهم؛ ففيه طول وتفصيل.

بعد إيراد المآخذ على التعريفات يمكن ترجيح تعريف الشافعية مع تعديل صيغته، بإدخال لفظ "التملك"، فيكون التعريف كالتالي:

"الإجارة: عقد يقتضي تملك منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم"

ثالثاً- دليل مشروعية الإجارة الفقه الإسلامي:

يستدل لمشروعية عقد الإجارة بالكتاب والسنة النبوية والإجماع:

أ- أدلة مشروعية الإجارة من القرآن:

1- قوله تعالى: ﴿فَأَنْطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطَعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَنْ يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَنْ يَنْقُضَ فَأَقَامَهُ^ط وَقَالَ لَوْ شِئْتُ لَتَّخَذْتُ عَلَيْهِ^ط أَجْرًا ﴿الكهف: 77.

ففي الآية دليل على صحة جواز الإجارة، وهي سنة الأنبياء والأولياء¹.

2- قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحَدَلُهُمَا يَتَّابَتِ اسْتَجِرُّهُ^ط إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ﴿القصص: 26.

فهذا دليل على أنّ الإجارة كانت عندهم مشروعية معلومة، وكذلك كانت في كلّ ملّة، وهي من ضرورة الخليقة ومصلحة الخلطة بين الناس².

ب- أدلة مشروعية الإجارة من السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تدلّ على مشروعية الإجارة، نذكر منها:

¹ القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، اعتنى به وصححه: الشيخ هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط2، (1423هـ-2003م)، ج11، ص32،

² القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج13، ص271.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

1- عن أبي هريرة رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: قال الله: " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعْطِه أجره"¹.

2- حديث عائشة رضي الله عنها قالت: "واستأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلاً من بني الدليل ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريئاً - الخريئ: الماهر بالهداية - قد غمس يمين حلف في آل العاصي بن وائل، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحليهما صبيحة ليالٍ ثلاث، فارتحلا"².
والحديث فيه دليل على جواز استئجار المسلم للكافر على هداية الطريق إذا أمن إليه³.

ج- مشروعية الإجارة من الإجماع:

أجمع أهل العلم في كل عصر ومصر على جواز الإجارة⁴.

الفرع الثاني - تعريف الإجارة في القانون الجزائري:

نظّم المشرع الجزائري عقد الإيجار في الباب الثامن من القانون المدني، والمعنون ب: العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، حيث أورد المشرع في الفصل الأول المعنون ب: الإيجار: تعريفاً لعقد الإيجار، إذ نصّت المادة 467 'ق،م،ج' على ما يلي: "الإيجار عقد يُمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقداً أو بتقديم أي عمل آخر"⁵.

ويبدو أنّ المشرع الجزائري أضفى طابعاً إيجابياً على تعريف عقد الإيجار؛ ذلك أنّ المؤجر

¹ أخرجه البخاري، كتاب: الإجارة، باب: إثم من منع أجر الأجير، حديث رقم: 2270، صحيح البخاري، ص 541، واللفظ له، وابن حنبل، أحمد بن محمد، مسند أبي هريرة رضي الله عنه، حديث رقم: 8677، المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1416هـ-1995م)، ج08، ص390.

² أخرجه البخاري، كتاب: الإجارة، باب: استئجار المشركين عند الضرورة، حديث رقم: 2263، صحيح البخاري، ص 539، 540، واللفظ له، والبيهقي، كتاب: الإجارة، باب: جواز الإجارة، حديث رقم: 11643، السنن الكبرى، ج06، ص195.

³ الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج10، ص414.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج06، ص03.

⁵ القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

لا يلتزم بتسليم العين المؤجرة للمستأجر فحسب؛ بل يلتزم أيضا بتمكينه من الانتفاع بها، الأمر الذي يجعل التزامات المؤجر واسعة؛ لضمان الانتفاع الهادئ والكامل للمستأجر بالعين المؤجرة طيلة مدة الإيجار، كما يُلاحظ أنّ هذا التعريف ضبط الطبيعة القانونية لهذا التصرف وحدد أطرافه بدقة وضبط التزامات كل طرف؛ أي أنّ المشرع الجزائري اهتم بتحديد المفاهيم والتركيز على جوهر الرابطة القانونية، مع استبعاد الحالات الاستثنائية¹.

ويمكن استخلاص خصائص عقد الإيجار من التعريف؛ ومن أهمّها²:

- 1- أنّه عقد رضائيّ في الأصل؛ شكليّ بالتوجه، وهو ملزم للجانبين، وهو من عقود المعاوضة.
- 2- التراضي يقع على عناصر جوهرية؛ وهي: المنفعة والمدة والأجرة.
- 3- المدة في عقد الإيجار عنصرٌ جوهريّ، ولذا إنّ الإيجار عقد مؤقت، وهو عقد زمنيّ.
- 4- هناك علاقة وطيدة بين الأجرة المدة؛ فالمدة مقياس الانتفاع بالشيء المؤجر، والأجرة تقابل الانتفاع.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تعريف الإجارة:

بالمقارنة بين التعريف اللغوي لمصطلح الإجارة وبين تعريفات الفقهاء الشرعية؛ يتّضح أنّ التعريف الاصطلاحي للإجارة أعمّ من التعريف اللغوي؛ حيث أنّ الإجارة في اللغة تُطلق على الجزء على العمل، أي ما يستحقه الأجير لقاء عمله من أجرة، أمّا في اصطلاح الفقهاء فإنّ الإجارة تُطلق على العقد وما يحتويه من أركان.

والذي يظهر كذلك أنّ التعريف الفقهي للإجارة يختلف عن تعريف القانون المدني الجزائري لها؛ من حيث أنّ التعريف الفقهي يشترط أن تكون المنفعة مباحة، فلا تجوز الإجارة على الزنا والغناء، بخلاف القانون المدني الجزائري الذي لا يميز بين الإباحة وغيرها، وكذلك تقييد المنفعة عند الشافعية بأنها قابلة للبذل فلا فائدة ترجى من إجارة مالا يستفاد منه.

¹ جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني، دار طليطلة، ط1، 2011، ص14.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص04، 05.

المطلب الثاني - أركان الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - أركان الإجارة في الفقه الإسلامي:

نتطرق في هذا الفرع لبيان أركان الإجارة عند فقهاء المذاهب، ثم تحديد المعقود عليه في عقد الإجارة في الفقه الإسلامي؛ وذلك كالآتي:

يرى جمهور الفقهاء أنّ أركان الإجارة أربعة؛ هي: عاقدان، وصيغة، وأجرة، ومنفعة¹.

وذهب الحنفية إلى أنّ ركنها: الصيغة؛ وهي الإيجاب والقبول، وذلك بلفظ دالّ عليها، وهو لفظ: الإجارة، والاستئجار، والكراء، والاكتراء²، وأمّا العاقدان والمعقود عليه فأطراف للعقد ومن مقوماته؛ فلا قيام للعقد إلا باجتماع ذلك كلّ؛ فالخلاف لفظي لا ثمره له³.

وإنما قصر الحنفية ركن العقد في الصيغة؛ لأنّ الركن عندهم ما يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءاً داخلاً في حقيقة الشيء، أما بقية العناصر؛ وهي العاقدان والمحل؛ فهي لوازم لا بد منها لتكوين العقد، وهي شروط في الصيغة⁴.

والركن الذي يهمننا في دراستنا هو المعقود عليه أو محل العقد، فما هو المعقود عليه في

عقد الإجارة؟

اختلف الفقهاء في المقصود بالمعقود عليه في عقد الإجارة على قولين:

- القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أنّ المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، وهذا هو مذهب الحنفية⁵،

¹ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 494، والبيجوري، إبراهيم، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزّي على متن أبي شجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، (1420هـ-1999م)، ج 02، ص 49، وابن مفلح الحنبلي، أبو إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، (1418هـ-1997م)، ج 04، ص 407.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 05، ص 516.

³ الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (إجارة)، ج 01، ص 254.

⁴ إدارة الفتوى والبحوث، عقد الإجارة في الفقه والقانون، بنك التضامن الإسلامي الخرطوم، ط 2، (1431هـ-2010م)، ص 11.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 05، ص 517، والمرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط 1، 1417هـ، ج 06، ص 269، والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي، ج 05، ص 105.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والمالكية¹، وجمهور الشافعية²، والحنابلة³، وحثّهم في ذلك: أنّ المنفعة هي المستحقة بالعقد، وهي التي يجوز التصرف فيها، والمنافع هي المستوفاة بالعقد دون الأعيان، ولأنّ الأجرة في مقابل المنفعة؛ ولهذا تُضمن دون العين، وما كان العوض في مقابلته فهو المعقود عليه⁴. واعتُرض على هذا: بأنّ المنافع غير موجودة حين العقد؛ فلم يُجْز أن يتوجّه العقد إليها⁵. إليها⁵.

وأجيب عن هذا الاعتراض؛ بأنّ المنافع وإن كانت معدومة؛ فهي ملحقة بالموجودة، ولهذا صحّ العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة ديناً، ولولا إلحاقها بالموجودة لكان ذلك في معنى بيع الدّين بالدّين⁶.

-**القول الثاني:** وذهب بعض الشافعية⁷ إلى أنّ المعقود عليه هو العين؛ لإضافة اللفظ إليها غالباً، ألا ترى أنك تقول: أجرتك الدار⁸، قال أبو إسحاق المروزي⁹: "العقد إنّما تناول العين العين دون المنفعة ليستوفي من العين مقصوده من المنفعة"¹.

¹ الدردير، الشرح الصغير، ج04، ص08، والآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص276.
² النووي، المجموع شرح المهذب، ج15، ص254، والأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، دط، 1313هـ، ج02، ص417، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص428.

³ ابن قدامة، المغني، ج06، ص03، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص32.
⁴ الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج02، ص417، وابن قدامة، المغني، ج06، ص04، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص32.

⁵ النووي، المجموع شرح المهذب، ج15، ص254، والأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج02، ص417.
ص417.

⁶ الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج02، ص417.
⁷ الرافعي القزويني، أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد، العزيز شرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1417هـ-1997م)، ج06، ص81.

⁸ المرجع نفسه، ص81، والأنصاري، زكريا بن محمد، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج02، ص417.
⁹ الإمام الكبير، شيخ الشافعية، وفقهه بغداد أبو إسحاق إبراهيم بن أحمد المروزي، صاحب أبي العباس بن سريج، وأكبر تلامذته، اشتغل ببغداد دهراً، وصنف التصانيف، وتخرج به أئمة كأبي زيد المروزي، والقاضي أبي حامد أحمد بن بشر المروذي مفتي البصرة، وعدة، شرح المذهب ولخصه، وانتهت إليه رئاسة المذهب، صنف المروزي كتاباً في السنة، وقرأه بجامع مصر، انتقل في آخر عمره إلى مصر فأدركه أجله بما فمات سنة أربعين وثلاثمائة ودفن إلى جانب ضريح الشافعي،

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ونوقش هذا القول بأنّ العقد أضيف إلى العين لأنها محل المنفعة ومنشؤها، ولو قال في العقد: أجرتك منفعة داري جاز².

والذي يظهر أنّ الخلاف بين الرايين ليس خلافاً محققاً؛ لأنّ من قال أنّ المعقود عليه العين لا يعني به أنّ العين تُملك بالإجارة كما تُملك بالبيع، ألا ترى أنه قال المعقود عليه العين لاستيفاء المنفعة، ومن قال المعقود عليه المنفعة لا يقطع الحق عن العين بالكلية؛ بل تسلّم العين وإمسائها مدةً العقد ليُنتفع بها³.

الفرع الثاني-أركان الإجارة في القانون الجزائري:

لكي ينعقد عقد الإيجار صحيحاً مرتباً لجميع آثاره القانونية؛ لا بدّ من توافر أركانه، كما هو الشأن في سائر العقود، وهي المحلّ والرضا والسبب، بالإضافة إلى الشكلية التي استحدثها المشرّع الجزائري، وعليه يجب أن يتراضى الطرفان بتبادل التعبير عن إرادتهما، مع ضرورة تطابق هاتين الإرادتين حول المسائل الجوهرية في عقد الإيجار، وأن تكون هاتاه الإرادة حرة سليمة من العيوب، مع وجوب توفر الأهلية اللازمة لإبرام عقد الإيجار⁴.

وبالنسبة للمحل في عقد الإيجار فهو مزدوج؛ يتمثل في الانتفاع بالعين المؤجّرة، والتي قد تكون عقاراً أو منقولاً، ويُقابل هذه المنفعة التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار أو الثمن، وكلاهما يقاسان بمدة زمنية معيّنة، أمّا السبب في عقد الإيجار فلا جديد يُضاف إلى القواعد العامة؛ إذ يجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب⁵.

¹ يُنظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج15، ص429. ابن كثير الدمشقي، طبقات الفقهاء الشافعيين، تحقيق: أحمد عمر هاشم، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، دط، (1413هـ-1993م)، ج01، ص240.

² النووي، المجموع شرح المهذب، ج15، ص254.

³ ابن قدامة، المغني، ج06، ص04، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج09، ص32.

⁴ الرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج06، ص81.

⁵ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، (1436هـ-2015م)، ص29.

⁶ سمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقهاً وتشريعاً وقضاءً، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، (1438هـ-2017م)، ص57، وبمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط1، (1443هـ-2021م)، ص06، وهلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ص29.

أمّا فيما يتعلّق بالشكّلية في عقد الإيجار؛ فقد نصّت المادة 467 مكرّر من القانون رقم 05-07 على أنه: " ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً "، وعليه فإنّ عقد الإيجار بموجب هذه المادّة أصبح عقدا شكليا، لا يكفي اتفاق طرفيه على العين المؤجّرة وبدل الإيجار ومدّته؛ بل لا بدّ من إفراغ هذا الاتّفاق في شكل محدّد، وهذه الشكّلية ركن يترتّب على تخلفها بطلان عقد الإيجار، غير أنّ المشرّع لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية؛ بل يكفي أن تُدوّن في ورقة عرفية¹.

الفرع الثالث-المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أركان الإجارة:

من خلال النظر في أركان عقد الإيجار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ يمكن القول بأنّ هناك تباين في تحديد الأركان وفي مضامينها؛ فالعاقدان في القانون لا يُنظر إليهما إلا من خلال إرادتهما؛ فالكلام عنهما تابع لبحث ركن التراضي، أمّا في الفقه الإسلامي فالعاقدان ركن في الإجارة على رأي جمهور الفقهاء، كذلك نلاحظ أنّ الالتزام الناشئ عن عقد الإيجار في القانون الجزائري الذي يشتمل على المحلّ المزدوج يقابل المعقود عليه عند المالكية والشافعية والحنبلة؛ وهو المنفعة، ويقابل الركن الآخر؛ وهو الأجرة. والصيغة التي هي ركن أساس عند فقهاء الشريعة الإسلامية ما هي إلا وسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين في القانون الجزائري.

أمّا السبب الذي يُعدّ ركنا عند أهل القانون-وهو اتّجاه المتعاقدين لغاية مشروعّة- لا يُعدّ ركنا في الفقه الإسلامي؛ بل يدخل تحت ما يُشترط في ركن المنفعة.

المطلب الثالث-أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي:

للإجارة تقسيمات متعدّدة؛ تتنوع بناء على اختلاف الاعتبارات التي يُبنى عليها التقسيم، وفيما يلي بيان بعض هذه التقسيمات:
أولاً- تقسيم الإجارة باعتبار المحلّ المتعاقد عليه:
تنقسم الإجارة بهذا الاعتبار إلى قسمين:
القسم الأول: إجارة واردة على منافع الأعيان.

¹ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ص 81.

القسم الثاني: إجارة واردة على منافع في الذمة.

وفيما يلي شرح موجز لهذين القسمين:

- القسم الأول: الإجارة على منافع الأعيان:

وهي التي يكون الحق في المنفعة المعقود عليها متعلقا بنفس العين، كإجارة الدور والمنازل، والحوانيت، والدواب للركوب والحمل، والثياب والحلي للباس، والأواني للاستعمال، والعين هنا إما أن تكون معيّنة أو موصوفة في الذمة¹.

وهذا القسم الوارد على الأعيان؛ نوعان:

- الإجارة الواردة على منفعة العين المعيّنة أو الحاضرة،

- الإجارة الواردة على منفعة عين موصوفة في الذمة².

- القسم الثاني: الإجارة على منافع في الذمة، أو إجارة العمل الموصوف في الذمة:

وهي استئجار شخص للقيام بعمل معلوم؛ كبناء دار أو حائط، أو خياطة قميص أو حمل إلى موضع معيّن³.

وعقد الإجارة الوارد على العمل شائع بين أرباب الحرف والمهارات اليدوية والفكرية؛ كالصنّاع والأطباء والمهندسين وغيرهم ممن يحتاج المجتمع إلى خدماتهم، وهو عقد شائع في استخدام الآلات، ووسائل النقل على اختلاف أنواعها، والشخص المستأجر في مثل هذه العقود يُسمّى أجيّرا⁴، ولهذا القسم صورتان⁵:

¹ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص347، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج05، ص517، والنووي، روضة الطالبين، ج04، ص248، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص32،

² الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص244، وقلوب وعميرة، حاشيتا قلوب وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، ج03، ص68، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص31.

³ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص244، والنووي، روضة الطالبين، ج04، ص248، والبّهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج04، ص05.

⁴ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية-دراسة فقهية مقارنة-، المعهد الإسلامي للبحوث التدريب-البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، ط1، (1413هـ-1992م)، ص55.

⁵ البّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص78، 89، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص87، 88، والزجيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط2، (1405هـ-1985م)، ج04، ص766.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- الصورة الأولى: تقدير الإجارة بالزمن؛ كما لو استأجره ليخدمه كل يوم بدرهم، ويُسمى الأجير هنا بالأجير الخاص.

- الصورة الثانية: تقدير اجارة بالعمل؛ كما لو استأجره ليبنى له بيتا بمواصفات معينة، وهذا الأجير يُسمى بالأجير المشترك، الذي يُقدَّر نفعه بالعمل، وله أن يتقبَّل أعمالا أخرى من الآخرين، كالحياط والصباغ والحَدَّاد والكوَّاء.

ثانيا- تقسيم الإجارة بالنظر إلى التوقيت الزمني وتحديد مدة العمل¹:

تنقسم الإجارة بهذا الاعتبار إلى قسمين:

القسم الأول: إجارة معلومة بالمدة:

وهي التي يكون العقد فيها على مدة معلومة؛ طالت المدة أو قصرت؛ لأنَّ المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما، كاستئجار الدُّور للسُّكنى، والأرضين للزراعة، والضابط هنا؛ كلِّ ما لا ينضبط بالعمل.

القسم الثاني: إجارة مقدَّرة بالعمل:

وهي كل إجارة وقعت على عمل، تنقضي بانقضائه، فلا يصح فيها تقدير الزمن، ويُشترط بيان محل العمل وتسميته؛ كصبغ ثوب أو خياطته، أو بناء حائط.

الفرع الثاني-أنواع الإجارة في القانون الجزائري:

لم يتطرَّق المشرِّع الجزائري إلى أنواع الإيجار وأقسامه؛ بل قصرَ الإيجار على "إجارة الأشياء"، وجمعها مع الإعارة في الباب الثامن المخصص للعقود المتعلقة بالانتفاع بالشَّيْء، أمَّا إجارة الأشخاص "الأجير الخاص والأجير المشترك"، فقد عقد لها الباب التاسع المخصص للعقود الواردة على العمل، وهي: المقاولة، وعقد التسيير، والوكالة، والوديعة، والحراسة.

وقد تناول السنهوري أنواع الشَّيْء المؤجَّر، وجعلها خمسة أنواع؛ وهي: إيجار العقَّار، وإيجار المنقول، وإيجار الحقوق العينية والحقوق الشَّخصية، وإيجار الحقوق التي يشتمل عليها حقُّ الملكية، وإيجار الحقوق المعنوية¹.

¹ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص271،270، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي، ج05، ص106، والأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج02، ص411، والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، ص280، وابن قدامة، المغني، ج06، ص08، وعبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت، ج02، ص89،88.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص133.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أنواع الإجارة:

يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في تقسيم الإجارة إلى إجارة منافع الأعيان، وإجارة العمل الموصوف في الذمة؛ فإجارة المنافع يقابلها في القانون المدني عقد إيجار الأشياء، وإجارة العمل الموصوف (إجارة الأشخاص: الأجير الخاص والأجير المشترك) يقابلها في القانون المدني العقود الواردة على العمل، إلا أنّ المشرع الجزائري أخرج عقود الإيجار الواردة على العمل - أي إجارة الأشخاص - من عباءة الإيجار، وحصر الإيجار في إيجار الأشياء، وألحق إجارة الأشخاص بالعقود الواردة على العمل.

المبحث الثاني

أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأعيان في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثالث: مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأوّل- أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

إذا كانت المنفعة محلا لعقد الإجارة عند جمهور الفقهاء- كما رأينا سابقا-؛ فإنّ هذه المنفعة مصدرها العين المؤجرة، التي تُستوفى منها المنفعة، فبهلاك العين المؤجرة يحصل فوات المنفعة.

الفرع الأوّل- أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي:

اتّفق فقهاء المذاهب على أنّ العين المؤجرة إذا هلكت كلّها؛ وكان ذلك قبل القبض أو عقبيه وقبل مُضيّ مدّة لها أجر؛ فإنّ الإجارة تنسخ¹.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية أنّ منافع الإجارة إذا تعطلت قبل التمكن من استيفائها؛ فإنّ الإجارة تبطل؛ حيث قال: "ولهذا نُقل الإجماع على أنّ العين المؤجرة إذا تلفت قبل قبضها بطلت الإجارة، وكذلك إذا تلفت عقب قبضها وقبل التمكن من الانتفاع"². ووجه انفساخ الإجارة هاهنا؛ وقوع اليأس عن استيفاء المعقود عليه بعد هلاكه³.

وقد ذهب بعض الحنفية⁴، والشافعية في قول⁵، والحنابلة في قول⁶؛ إلى أنّ الإجارة لا تنسخ إذا أمكن الانتفاع بالعين المؤجرة في الجملة، والمستأجر مخير بين فسخها وإمضاءها. وقد ساق أصحاب هذا القول بعض الأمثلة؛ كنصب فسطاط أو الانتفاع بعرضة الدار⁷.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص82، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص328، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص106، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص29، 30، والماوردي، الحاوي الكبير، ج07، ص398، 399، وابن قدامة، المغني، ج06، ص50، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج09، ص119.

² ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج30، ص288.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص82.

⁴ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص328.

⁵ الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط1، (1417هـ-1997م)، ج04، ص198.

⁶ ابن مفلح، شمس الدين محمد، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج07، ص161.

⁷ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج05، ص144، والماوردي، الحاوي الكبير، ج07، ص399.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وفي الحقيقة هذه الأمثلة لم تُعد لها فائدة في عصرنا الحاضر، فإنّ هلاك العين المؤجّرة لا يُبقي لها وجهها من وجوه الانتفاع، وعليه فإنّ القول بانفساخ الإجارة بهلاك العين المؤجّرة هو الراجح؛ لفقدان الغاية المرجوة من الإجارة بعد ذهاب عينها.

أمّا إذا كان الهلاك بعد القبض، وبعد مُضيّ مدّة لها أجرة؛ فإنّ الإجارة تنفسخ في المدّة الباقية، ويسقط عن المستأجر باقي الأجر من الثمن¹.

والقول بانفساخ الإجارة بهلاك العين المؤجّرة كلّها؛ يستوي فيه كون الهلاك بأفة سماوية أو بفعل المستأجر، وعليه الضّمان بالتّعدي؛ ويلزمه قيمة ما أتلف².

وينبغي أن يُعلم أنّ كلّ ما ذُكر حول هلاك العين المؤجّرة هلاكا كلياً؛ إنّما يتعلّق بالإجارة الواردة على المنافع المعيّنة؛ أمّا إذا كانت المنافع مضمونة وموصوفة في الدّمة؛ فلا انفساخ حينئذٍ، وعلى المؤجر أن يأتي ببدلها؛ لأنّ الذي هلك لم يقع عليه العقد، وإنّما تسلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمّته³.

الفرع الثاني - أثر الهلاك الكلي للعين المؤجّرة في القانون الجزائري:

إنّ الالتزام بالتسليم في عقد الإيجار التزام مستقل لا يتفرّع عن أيّ التزام أصليّ؛ فإذا هلك الشّيء المؤجّر قبل التسليم هلك على المؤجّر، وتحمّله لتبعية الهلاك باعتباره مالك للشّيء المؤجّر، لا باعتباره مدينا بالتسليم، والدليل على ذلك أنّ هلاك الشّيء المؤجّر بعد التسليم في يد المستأجر يكون على المؤجر أيضا باعتباره المالك لا على المستأجر، ويكون الرجوع في

¹ الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج05، ص144، وأحمد الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص496، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص456، والماوردي، الحاوي الكبير، ج07، ص398، وابن قدامة، المغني، ج06، ص48، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص119.

² الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص266، والرافعي القزويني، فتح العزيز بشرح الوجيز، ج06، ص165، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص456، وأحمد الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص496.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص82، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص29، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص460، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص123.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تحمّل تبعه الهلاك إلى القاعدة الأصلية التي تقضي بأن يكون الهلاك على المالك؛ فهو الذي يكسب العُثم ويتحمّل العُرم¹.

ويرى بعض فقهاء القانون أنّ المؤجر يتحمل تبعه العقد باعتباره مدينا بالتسليم وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، كما يتحمّل خسارة العين المؤجرة بوصفه مالكا لها².
ويُميّز فقهاء القانون بين هلاك العين المؤجرة قبل إبرام العقد؛ وبين هلاكها بعد العقد؛ ففي الحالة الأولى يكون الأمر متعلقا بوجود الشيء المؤجر؛ فالهلاك الكلّي يجعل العقد باطلا لانعدام محلّه، وفي الحالة الثانية يكون الأمر متعلقا بتنفيذ التزامات المؤجر لا بوجود الشيء المؤجر، فإذا هلكت العين المؤجرة هلاكا كلياً بعد العقد بغير خطأ المستأجر انفسح عقد الإيجار، وتحمل المؤجر تبعه الهلاك³.

وبالنسبة للتقنين المدني الجزائري؛ فقد تناول المشرّع- في الأحكام العامة- هلاك العين المؤجرة كسبب من أسباب انقضاء عقد الإيجار؛ حيث نصّت المادة 121 على أنه:
" في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون"⁴، كما أنّ المشرّع تناول هلاك العين المؤجرة في النصوص المنظمة للإيجار؛ بموجب نص المادة 1/481: " إذا هلكت العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار هلاكا كلياً يُفسخ الإيجار بحكم القانون"⁵.

فالهلاك الكلّي الحاصل بأي سبب من الأسباب؛ سواء كان راجعا لقوة قاهرة، أو لفعل أجنبي، أو بفعل المؤجر أو المستأجر، يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه، لاستحالة تنفيذ التزامات عقد الإيجار، لأنّ الهلاك الكلّي للعين المؤجرة يُفضي إلى تلفها ماديا وزوال كيانها ووجودها؛ كسقوط مسكن بسبب الزلزال، أو اندثار سيارة بسبب الحريق⁶.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص244، 245.

² إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966، ص92.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص245.

⁴ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 21 جوان 2005.

⁵ القانون رقم 07-05، سبق ذكره.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص285، وسمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء، ص228، ويمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص55.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وإذا تضرّر المستأجر بسبب هذا الهلاك الناتج عن عدم قيام المؤجر بالصيانة كان له طلب التعويض عن الضرر الذي أصابه وفقاً للقواعد العامة، أما إذا كان الهلاك بخطأ المستأجر؛ كان هذا الأخير مسؤولاً عن تعويض المؤجر عما لحقه من ضرر، وعن فسخ الإيجار قبل انقضاء مدته، طبقاً للقواعد العامة¹.

فإذا كان الهلاك بفعل الغير؛ فإنّ الإيجار يفسخ، ويرجع المؤجر والمستأجر بالتعويض على من تسبّب في الهلاك².

ويُلحق بالهلاك المادّي للعين المؤجّرة كلُّ ما يحول دون انتفاع المستأجر بالعين طيلة مدة الإيجار؛ كنزع ملكية العين للمنفعة العامة واستيلاء الدولة عليها، أو صيرورة العين المؤجّرة آيلة للسقوط، فمثل هذا يدخل ضمن الهلاك الكلّي، ويُعرف بالهلاك القانوني أو المعنوي³. وسواء كان الهلاك الكلّي مادّي أو معنوي؛ فإنه يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون، ومن غير الحاجة إلى صدور حكم القضاء؛ لاستحالة التنفيذ، وعليه فإنّ جميع الالتزامات المترتبة على عاتق المؤجر والمستأجر تزول وتنقضي، حتى ولو حصل المؤجر على تعويض عن الهلاك؛ لكون العين المؤجّرة مؤمّناً عليها من الهلاك⁴.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الهلاك الكلّي للعين المؤجّرة:

هناك اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المدني في حالة هلاك العين المؤجّرة هلاكاً كلياً قبل التسليم؛ حيث أنّهم قرّروا انفساخ الإجارة؛ لوقوع اليأس من الانتفاع بالعين المؤجّرة، إلا أنّ فقهاء القانون ميّزوا بين الهلاك الحاصل قبل إبرام عقد الإيجار، وبين الهلاك الواقع بعد إبرام العقد وقبل التسليم؛ فالأول يجعل العقد باطلاً؛ لانعدام محلّه، والثاني يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه؛ لاستحالة تنفيذ التزامات عقد الإيجار. وفي حالة الهلاك الكلّي بعد التسليم؛ فنجد اتفاق بين الفقهاء في انفساخ عقد الإجارة

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص287، ويمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص55، 56.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص287.

³ سمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقهاً وتشريعاً وقضاءً، ص228.

⁴ المرجع نفسه، ص228، 229.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أيًا كان سبب الهلاك، غير أنه في حالة ما إذا كان الهلاك الكليّ بسبب إهمال المستأجر أو خطئه، كان عليه الضمان بالتعدي؛ وتعويض المؤجر عما لحقه من ضرر.

المطلب الثاني- أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي:

إذا تلف بعض العين المستأجرة؛ كما لو انهدم بعض الدار؛ كان للمستأجر الخيار بين إمضاء العقد أو فسخه، وهذا الذي قرره فقهاء المذاهب بوجه عام، إلا أنّ هذا التخيير ليس مُطردًا في جميع صور الهلاك الجزئي للعين المؤجرة، وفيما يلي تفصيل آرائهم:

فالحنفية¹ يرون أنّ هلاك بعض العين قبل القبض يُعطي الخيار للمستأجر في إمضاء عقد الإجارة وسقوط شيء من الأجرة في مقابل الجزء الهالك من العين المؤجرة، وبين فسخ عقد الإجارة؛ لأنّ الصفقة قد تفرّقت على المستأجر قبل القبض، ولأنّ الإجارة بيع المنفعة، والمنافع تحدث شيئًا فشيئًا؛ فكان كل جزء من المنافع معقودا عليه، أمّا إذا كان الهلاك الجزئي قد وقع بعد القبض فلا خيار للمستأجر، والعقد لازم في الباقي بحصّته من الأجر.

ومن جهة العيب أو التلف الذي يصيب العين المؤجرة؛ فإن كان يضرّ بالانتفاع بالعين المؤجرة ثبت الخيار للمستأجر، إن شاء أمضى الإجارة وإن شاء فسخ، فإن مضى على ذلك مع العيب فقد لزمه كمال الأجرة؛ لأنه رضي بالمعقود عليه مع العيب؛ فيلزمه جميع البدل، كما في المبيع المعيب الذي رضي به المشتري، وإن زال العيب قبل الفسخ؛ كأن يقوم المؤجر بإزالة العيب؛ بطل خيار المستأجر؛ لزوال موجب الخيار والعقد قائم.

والمالكية² فرّقوا بين الهدم اليسير والهدم الكثير؛ فإذا كان يسيرًا فهو على ثلاثة أوجه:

¹ السرخسي، المبسوط، ج15، ص159، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص349، 350، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص26، والزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج05، ص143، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص106.

² ابن رشد القرطبي، أبو الوليد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهّدات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1408هـ-1988م)، ج02، ص215، 216، والخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج07، ص50، 51، والكشناوي، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، ج02، ص328.

فالأول: ما لا مضرة فيه على الساكن ولا يُنقص من قيمة الكراء شيئاً؛ فهذا لا خيار فيه للمستأجر ولا يُحطُّ عنه منه شيئاً، **والثاني:** ما ليس فيه مضرة على الساكن إلا أنه يُنقص من قيمة كراء الدار، كأنهدام شرفات البيت، أو انهدام ما فيه جمال كالبياض؛ فهذا ليس فيه للمستأجر خيار، ويُحطُّ عنه من الأجرة بقدر ما نُقص من قيمة الكراء؛ إن لم يُقَمِّ المؤجّر بإزالة العيب، ولا يلزمه ذلك، فإن رضي المستأجر بهذا الهلاك الجزئي فلا شيء له.

والثالث: ما فيه مضرة على المستأجر؛ كأنهدام جزء يسير من الجدران وأضرَّ به؛ فللمستأجر الخيار بين الفسخ والبقاء.

وإن كان الهدم كثيراً؛ فهو - أيضاً - على ثلاثة أوجه: **أحدها:** أن يُعيَّب العين المؤجرة ويُنقص من قيمة الكراء، ولا يُبطل شيئاً من منافع الشيء المؤجّر، كذهاب تبيطها وتخصيصها؛ فالمستأجر بالخيار، **والثاني:** أن يُبطل اليسير من منافع الدار؛ كأنهدام بيت منها، وفيها بيوت أخرى؛ فلا خيار للمستأجر، ويُحطُّ عنه من الأجرة بقدر مناب البيت المنهدم، ما لم يلحق المستأجر ضررٌ كبير، فإن تضرَّر فله الخيار، **والثالث:** ذهاب أكثر منافع العين المؤجرة؛ كأنكشافها بانهدام حائطها؛ فللمستأجر الخيار.

وأما **الشافعية**¹ فقد أثبتوا الخيار للمستأجر متى ما أثر الهلاك الجزئي في العين وأحدث في المنفعة نقصاً تتفاوت به الأجرة؛ كأنكسار دعائم الدار واعوجاجها، وانهدام بعض جدرانها. وذهب **الحنابلة**² إلى القول بثبوت الخيار للمستأجر إذا وجد العين المؤجرة معيبة أو حدث بها عيبٌ يظهرُ به تفاوت الأجرة؛ فله الفسخ؛ لأنَّ المنافع لا يحصل قبضُها إلا شيئاً فشيئاً، وله الإمضاء؛ فإن أمضى العقد فعليه جميع الأجرة؛ لأنه رضي بالعيب؛ فسقط حكمه. **والراجح** مذهب الحنفية، وذلك للتوجيه السديد الذي ذكره بعض فقهاءهم، وهو أنَّ ثبوت الخيار منوط بالإضرار بالمنفعة؛ لأنَّ المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة دون العين، والنقص بغير المعقود عليه لا يُثبت الخيار³.

¹ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج2، ص244، والنووي، روضة الطالبين، ج4، ص248، والرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، ص316.

² ابن قدامة، المغني، ج6، ص108، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج9، ص126.

³ الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج5، ص143، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج9، ص106.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وما ذكره المالكية من وجهي الهدم اليسير - الأول والثاني - فليس فيه هلاك جزئي للمعقود عليه؛ لأنّ المنفعة لم يحصل بها ضرر، وأمّا الوجه الثالث؛ فهو كمذهب الأحناف في إثبات الخيار عند تضرر المنفعة، وما ذكره الشافعية والحنابلة من ثبوت الخيار للمستأجر في حالة تأثير الهلاك الجزئي في العين وإحداثه في المنفعة نقصا تتفاوت به الأجرة؛ هو ذاته الذي ذكره الأحناف، لأنّ النقص الواقع على المنفعة وتفاوت به الأجرة، هو عين الإضرار بالمنفعة، وبالتالي يكون الخلاف في العبارة فقط.

الفرع الثاني - أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في القانون الجزائري:

إذا هلكت العين المؤجرة جزئيا، أو وقع خلل في الانتفاع بالعين جعلها غير صالحة للانتفاع المقصود من عقد الإيجار، أو حصل نقص كبير في الانتفاع، فإنّ فقهاء القانون يميزون بين فرضين:

الأول: أن يكون الهلاك الجزئي بفعل المستأجر؛ فهنا يظل عقد الإيجار قائما، ويبقى المستأجر ملتزما بالأجرة إلى نهاية الإيجار، وليس له الحق في المطالبة بإعادة العين إلى أصلها، أو طلب فسخ الإيجار أو إنقاض الأجرة، وعلى المستأجر أن يلتزم بتعويض المؤجر عما أصابه من ضرر نتيجة الهلاك أو الخلل في العين المؤجرة¹.

الثاني: أن يكون الهلاك الجزئي بسبب المؤجر أو القوة القاهرة أو بفعل الغير، فهنا يكون للمستأجر الخيار بين التنفيذ العيني وبين الفسخ أو إنقاض الأجرة؛ مع التعويض في جميع الأحوال؛ إن كان له مقتضى².

أمّا المشرع الجزائري فقد عالج الهلاك الجزئي في الفقرة الثانية من المادة 481 من القانون المدني، والتي جاء فيها: " إذا كان هلاك العين المؤجرة جزئيا، أو إذا أصبحت في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو نقص هذا الاستعمال نقصا معتبرا ولم يكن ذلك بفعل المستأجر، يجوز لهذا الأخير، إذا لم يقم المؤجر في الوقت المناسب بردّ العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها، أن يطلب حسب الحالة، إمّا إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار"³.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، ص 290.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 6، ص 290، وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - في العقود المسماة - عقد الإيجار -، ط 4، 1993، ص 345، 346.

³ القانون رقم 07-05، سبق ذكره.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يَتَّضِح من خلال نصّ هذه المادّة أنّ الهلاك الجزئيّ للعين المؤجّرة هو كل ما يُنقص من منفعتها؛ حيث يترتّب عنه صيرورة العين لحالة لا تصلح معها للاستعمال الذي أُعدّت من أجله، أو أدّى ذلك إلى نقص الاستعمال الذي أُجّرت من أجله العين نقصا معتبرا، وهذا الهلاك يُمكن إصلاحه من طرف المؤجّر، وذلك بإعادة العين المؤجّرة إلى الوضع الذي كانت عليه قبل الهلاك، فإن تعذر ذلك؛ ثبت الخيار للمستأجر في المطالبة بفسخ الإيجار أو إنقاص الأجرة بحسب الأحوال بقدر النقص في المنفعة، وعليه فإنّ العقد لا يفسخ من تلقاء نفسه وبقوة القانون؛ كما هو الشّأن في الهلاك الكلّي¹، بشرط ألا يكون الهلاك الجزئيّ بفعل المستأجر؛ وإلا تحمّل وحده ما لحقه من ضرر، مع إلزامه بتعويض المؤجّر عن هذا الهلاك الذي وقع بسبب تقصيره إذا ثبت ذلك، طبقا لنص المادة 495 من القانون المدني، التي اعتبرت المستأجر مسؤولا عمّا يقع بالعين المؤجّرة من فساد وهلاك أثناء انتفاعه بها، وكان هذا الهلاك غير ناشئ عن الاستعمال العادي للعين المؤجّرة².

وإذا رفض المؤجّر القيام بتنفيذ التزامه بصيانة العين المؤجّرة بعد أن طلب منه المستأجر القيام بإصلاح العين وإعادةّها إلى أصلها ليتمكن من الانتفاع بها؛ يجوز للمستأجر أن يطالب المؤجّر بفسخ عقد أو إنقاص بدل الإيجار مع مراعاة حقه في التعويض إذا تضرّر من عدم التزام المؤجّر بتنفيذ التزام الصيانة، كما يجوز للمستأجر أن يقوم بإصلاح الخلل الواقع في العين المؤجّرة على نفقة المؤجّر إذا كانت الترميمات مستعجلة (م 480 من القانون المدني)³.

وسواءً أُعيدت العين المؤجّرة إلى وضعها الأصلي بمبادرة المؤجّر أو بفعل المستأجر؛ فلا يكون له في هذه الحالة سوى إنقاص بدل الإيجار بقدر ما نقص من الانتفاع بالعين، من وقت حدوث الهلاك إلى وقت التسليم، ويتم تحديد مبلغ الإنقاص بالاتفاق، وعند النزاع يتولى القاضي تحديده مستعينا بخبرة قضائية عند الحاجة⁴.

¹ سمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء، ص 229، وبمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص 56.

² بمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص 56.

³ القانون رقم 07-05، سبق ذكره.

⁴ سمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء، ص 229، وبمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص 57.

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الهلاك الجزئي للعين المؤجرة:

هناك اتفاق بين القانون المدني والفقه الإسلامي-بصفة مجملّة- في ثبوت الخيار للمستأجر في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً جزئياً، إلا أنّ القانون المدني الجزائري يشترط في الهلاك الجزئي الذي يثبت به الخيار للمستأجر؛ أن يكون جسيماً، يجعل العين المؤجرة في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو أدى هذا الهلاك إلى نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، وهذا المسلك يتماشى مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، فهم-على اختلاف عباراتهم- أثبتوا الخيار في حالة الهلاك الذي فيه مضرة على المستأجر، أو أدى ذلك إلى ذهاب أكثر منافع العين، أو أحدث في المنفعة نقصاً تتفاوت به الأجرة.

كما أنّ القانون المدني الجزائري في إعطائه الخيار للمستأجر بين إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار-في حالة الهلاك الجزئي- يتوافق مع المذهب الحنفي الذي قرّر الخيار للمستأجر في إمضاء عقد الإجارة وسقوط شيء من الأجرة في مقابل الجزء الهالك من العين المؤجرة، وفسخ عقد الإجارة.

المطلب الثالث-مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

نتناول في هذا المطلب الحديث عن مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة كتطبيق خاص لهلاك العين المؤجرة في إجارة الأعيان، نظرا لخطورة الحريق ولكثرة وقوعه، ولأنّ المشرّع الجزائري أورد جملة من النصوص تتعلق باحترق العين المؤجرة، ومسؤولية المستأجر، وعليه تمّ التعرّف على مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي في الفرع الأول، ثم بيان مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في القانون الجزائري في الفرع الثاني:

الفرع الأول- مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي:

اتفق فقهاء المذاهب من الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³ والحنابلة⁴ على أنّ يد المستأجر على العين المؤجرة يد أمانة؛ فلا يجب عليه ضمانها إلا في حالة التعدي أو التفريط. فلو قام شخص بკراء سيارة أو دارٍ ليسكن فيها أو محلّ للعمل، فإنّ يده على العين المؤجرة يد أمانة، لا يضمن إلا عند التفريط أو التقصير؛ فلو وقع لمستأجر السيارة حادث تسبّب في اهتراء السيارة، وكان السائق قد جاوز حدّ السرعة المسموح بها؛ فإنّه يكون ضامناً للضرر الذي لحق السيارة بسبب تعديّه، ولا بد من الاعتماد على أهل الخبرة والاختصاص في تقدير ما إذا كان المستأجر متعدّياً أو مفرطاً.

ولقد اتفق فقهاء المذاهب من الحنفية⁵ والمالكية⁶ والشافعية⁷ والحنابلة⁸ على أنّ يد المستأجر تُصبح يد ضمان عند المخالفة بالتعدّي أو التفريط؛ فعليه ضمان ما تلف ولو بفعل سماويّ.

¹ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص275، وابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج08، ص53.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص24.

³ الشربيني، مغني المحتاج، ج02، ص450، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، ص308.

⁴ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج04، ص69.

⁵ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص92، 97.

⁶ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص26.

⁷ الشربيني، مغني المحتاج، ج02، ص451، والرملّي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، ص311.

⁸ البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج04، ص69.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ووجه ذلك أنّ المستأجر قد خالف ما تمّ الاتفاق عليه، وبتعديّه يكون قد تصرف في العين المستأجرة من غير إذن صاحبها، فهو كالغاصب الذي اعتدى على ملك الغير دون إذن¹.

وإذا احترقت العين المؤجرة من غير تفريط أو تقصير من المستأجر؛ فلا يقع على عاتقه عبء الهلاك²، ويتحمل تبعه الهلاك - وفقاً لتلك القواعد - إذا كان الحريق بتعديّه أو بتقصيره؛ كما لو أشعل النار في العين المؤجرة على غير العادة، وقد نصت المادة 603 من مجلة الأحكام العدلية على هذا الحكم فقالت: "كذلك لو احترقت الدار المأجورة بظهور حريق فيها بسبب إشعال المستأجر النار أزيد من العادة وسائر الناس يضمن"³.

والتعدي هو مجاوزة ما ينبغي الاقتصار عليه شرعاً أو عرفاً أو شرطاً⁴.

فعلى المستأجر الالتزام بالمحافظ على العين المؤجرة، وهو التزام ببذل عناية، والمقصود ما يبذله الرجل المعتاد، فإذا تهاون وفرط كان متعدياً يستوجب فعله الضمان، إذ أنّ العين المؤجرة أمانة في يده باتفاق الفقهاء، والتقصير في حفظ ورعاية العين المؤجرة يجعل المستأجر مسؤولاً عن فعله، فإذا استعمل الشيء المؤجر استعمالاً غير مألوف أو غير مشروط، أو تعسّف في استعماله؛ كان متعدياً ضامناً للشيء المؤجر عند هلاكه⁵.

الفرع الثاني - مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في القانون الجزائري:

تُعَدُّ مسؤولية المستأجر مسؤولية عقدية تستند إلى عقد الإيجار المبرم بينه وبين المؤجر مالك العين المؤجرة، وبموجب بنود العقد يجب على المستأجر أن يلتزم العناية المطلوبة للحفاظ على العين المؤجرة، وتسليمها للمؤجر سليمة عند انتهاء عقد الإيجار، وعند تعرّضها للهلاك؛

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص25، وابن مفلح الحنبلي، المبدع شرح المقنع، ج4، ص435.

² شمس الدين، أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج9، ص123، [ويضمنه عندهما إلا من شيء غالب كالحريق الغالب].

³ مجلة الأحكام العدلية، إدارة الجوائب، مطبعة الجوائب بالأستانة العلية، ط3، 1305هـ، ص78.

⁴ فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط1، 1983هـ، ص92.

⁵ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، دمشق، ط9، (1433هـ-2012م)، ص207، 208.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

كاحتراقها- وهذا ما يحدث كثيرا في الواقع- تنشأ مسؤولية المستأجر في إزالة الضرر الذي لحق المؤجر، وتسمى هذه المسؤولية بالمسؤولية الكرائية، وفوق ذلك فإنّ المستأجر يُسأل أيضا عن تفويت الفرصة على المؤجر للانتفاع بالعين المؤجرة إلى غاية إعادة ترميمها، كما يُسأل عن فوات أجرة الإيجار التي يتقاضاها المؤجر من المستأجر أو من المشاركين معه في الإيجار في حالة احتراق العين المؤجرة، إلى أن يتم إعادة بنائها، غير أنّ المؤجر بإمكانه التنازل عن حقه في الرجوع على المستأجر إعفائه من المسؤولية¹.

وقد نصّت المادة 496 من القانون المدني رقم 75-58 على هذه المسؤولية العقدية الإيجارية؛ حيث جاء فيها: " المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة، إلا إذا أثبت أنّ الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله.

فإذا تعدّد المستأجرون لعقار واحد، كان كلّ واحد منهم مسؤولا عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله بما فيهم المؤجر إن كان يسكن العقار، إلا إذا ثبت أنّ الحريق بدأ نشوبه في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولا عن الحريق ".

حسب هذا النص يكون المستأجر ملزما بالحفاظ على العين المؤجرة من الهلاك، وهو مسؤول عن أيّ حريق يطلّ العين المؤجرة، إلا إذا أقام الدليل على أنّ هذا الحريق كان نتيجة سبب يُعفيه من قيام المسؤولية، وما يُؤخذ على هذا النصّ؛ أنه لم يُحدّد نوع السبب الذي يُعفي المستأجر من قيام مسؤوليته، بخلاف المشرع الفرنسي الذي بيّن نوع سبب الإعفاء من المسؤولية؛ حيث نصّ في المادة 1733 من القانون المدني على أنّ: "المستأجر مسؤول عن الحريق، ما لم يُثبت أنه حدث بسبب حادث مفاجئ أو قوة قاهرة، أو عيب في البناء، أو اندلاع اللهب من بيت مجاور"، فكان الأولى والأجدر بالمشرع الجزائري أن يقوم بتحديد سبب الإعفاء من قيام مسؤولية المستأجر، على غرار ما قام به المشرع الفرنسي².

من خلال نصّ هذه المادة يتّضح أنّها تُميّز في تحديدها للمسؤولية بين كون المستأجر منفردا، وبين حالة تعدّد المستأجرين، وأنّ حادثة الحريق كافية في حدّ ذاتها لإثبات مسؤولية

¹ علي حمدوني، تأمين أضرار الحريق الناجم عن مسؤولية المؤجر ومستأجره، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30-العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019، ص 435.

² المرجع نفسه، ص 436.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

المستأجر، وهذا له علاقة وثيقة بإساءة استعمال العين المؤجرة، باعتبارها إخلالاً بالتزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة، وستناول هاتين الحالتين على النحو التالي:

- الحالة الأولى: وهي كون العين المؤجرة كلها لمستأجر واحد؛ وهنا يكون المستأجر ملزماً بالحفاظ على العين المؤجرة من الهلاك، وهو مسؤول عن أيّ حريق يصيبها؛ إلا إذا ثبت إعفائه من قيام مسؤوليته تجاه الحريق.

والمستأجر مسؤول عن العين المؤجرة بمجرد احتراقها؛ فالخطأ في حقه مفترض، وذلك لأنه ملزم بالمحافظة على العين التي يحوّزها وردّها سليمة في النهاية، إلا أنّ القانون منح المستأجر وسيلة لدفع هذه المسؤولية عنه، وهي إحضار دليل على ثبوت السبب الأجنبي، كأن يثبت المستأجر أنّ الحريق راجع لقوة قاهرة أو بسبب وجود خلل في البناء أو بسبب صعود لهيب من بيت مجاور؛ فإذا تمكّن المستأجر من إقامة الدليل على ذلك؛ فقد ارتفعت مسؤوليته، وإذا لم ينجح في إثبات السبب الأجنبي بقي مسؤولاً، حتى ولو ظلّ سبب الحريق مجهولاً¹.

بالرغم من أنّ مسؤولية المستأجر عن الحريق مبنية على أساس التزامه بالمحافظة على العين المؤجرة وهو التزم ببذل عناية، فالمستأجر يعتبر قد وفّى به إذا بذل عناية الشخص العادي، إلا أنّ مسؤوليته عن هلاك العين المؤجرة بسبب الحريق أشدّ من مسؤوليته عن هلاكها بأيّ سبب من الأسباب، نظراً لخطورة الحريق؛ بل هو أخطر أسباب الهلاك، وطبقاً للقواعد العامة، فإنه يقع على عاتق المؤجر عبء إثبات إخلال المستأجر بهذا الالتزام، ولكنّ المشرع خرج على القواعد العامة وجعل المستأجر مسؤولاً عن تلف العين المؤجرة أو هلاكها بسبب الحريق، بحيث يقع على المستأجر عبء إثبات أن الحريق قد نشأ عن سبب لا يد له فيه، ويتم هذا الإثبات بكافة الطرق وعلى ذلك، فالتزام المستأجر هنا التزم بتحقيق غاية، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد لتفادي الحريق، بل على المستأجر أن يثبت أن الحريق قد نشأ عن سبب أجنبي، فإذا عجز المستأجر عن إثبات السبب الأجنبي أو كان هذا السبب مجهولاً كان المستأجر مسؤولاً عن الحريق، ولو أثبت أنه بذل كل عناية في الحفاظ على العين المؤجرة².

¹ توفيق حسن فرج، عقد الإيجار، دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1984هـ، ص858.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص565، 566.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ولن يكفي المستأجر أن يثبت أنه كان غائبا عن الوطن لحظة اندلاع الحريق، أو أنه سعى جاهدا في إحكام تغليق الأبواب والنوافذ وإطفاء أجهزة النور والكهرباء والغاز، أو أنه أقام حارسا لحراسة العين المؤجرة؛ فكل ذلك لا يُعفيه من المسؤولية، بل يجب عليه أن يبرهن أنّ الحريق ناتج عن قوة قاهرة؛ كصاعقة أو فعل تخريبي أو بسبب إلقاء سيجارة من طرف شخص أجنبي؛ لأنّ مسؤوليته تقوم على الخطأ المفترض¹.

والحكمة من ذلك هي دفع المستأجر لانتخاذ كافة الإجراءات والاحتياطات اللازمة لتفادي حدوث الحرائق عمدا أو إهمالا، إلا أنّ مسؤولية المستأجر عن احتراق العين المؤجرة ليست من النظام العام؛ فللمؤجر والمستأجر الاتفاق على تعديل أحكامها تشديدا أو تخفيفا². كما يلتزم المستأجر بتعويض المؤجر عن الأضرار التي لحقت به بسبب احتراق العين المؤجرة، وبما أن مسؤوليته عقدية؛ فلا يلتزم إلا بتعويض الأضرار المتوقعة الحصول وقت التعاقد، طبقاً للقواعد العامة، ما لم يكن الحريق ناشئاً عن تعمد أو عن خطأ جسيم منه، ويشمل هذا التعويض نفقات إعادة العين المؤجرة إلى أصلها، فضلاً عن الالتزام بدفع الأجرة التي فاتت على المؤجر خلال مدة الإصلاح، وكذا أجرة بقاء العين المؤجرة خالية إلى أن يتم تأجيرها³.

وحريق العين المؤجرة قد يكون بفعل شخص أجنبي عن المستأجر، أو بفعل واحد من تابعيه؛ كالحادم أو أحد أفراد أسرته المقيمين معه، ففي الحالة الأولى لا مسؤولية على المستأجر، ولو كان الأجنبي قد أشعل الحريق نكابة فيه لعداوة بينهما، وفي الحالة الثانية: يكون المستأجر مسؤولاً، ولا يستطيع أن يدفع هذه المسؤولية بأن الهلاك الذي حدث للعين المؤجرة بسبب الحريق كان بالسبب الأجنبي لأنه حدث بفعل الغير، وذلك لأن التابع لا يعتبر أجنبياً، وليس شرطاً أن يكون الحريق قد حدث بفعل التابع أثناء تأدية عمله، لأن مسؤولية المستأجر عن فعل

¹ رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1994، ص 679-682.

وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في العقود المسماة- عقد الإيجار-، ص 545، 546.

² هشام طه محمود سليم، العقود المسماة، بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني، 2014، ص 325.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 06، ص 575، 576.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تابعه هنا ليست مسئولية تقصيرية حتى يرد عليها هذا القيد؛ بل هي مسئولية عقدية من شأنها أن تجعل المستأجر مسؤولاً عن فعل تابعه، حتى ولو وقع الحريق في غير أثناء تأدية خدمته¹. فإذا أراد المستأجر أن يدفع عن نفسه مسؤوليته عن الحريق؛ فهل يسلك طريق إثبات السبب الأجنبي؟ أم يسلك مسلك نفي الخطأ عن نفسه وعن تابعيه؟ هناك اتجاهان بارزان في الفقه:

-الاتجاه الأول: يرى أصحابه أنّ المستأجر عليه أن ينفى عن نفسه الخطأ وعن كلّ تابعيه، وهذا كافٍ لإعفائه من المسؤولية تجاه احتراق العين المؤجرة.

وقد اعتمد أصحاب هذا الاتجاه على الصيغة التي وردت في المشروع التمهيدي لنص المادة 584 من القانون المدني المصري- في فقرتها الأولى-؛ فقد كانت تنص على أن: "المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق لم ينشأ عن خطئه أو خطأ تابعيه"، حيث علّلت اللجنة هذا التعديل بأن القصد من ورائه جعل حكمها أدق وأوضح².

-الاتجاه الثاني: أنه يجب على المستأجر حتى ينفى مسؤوليته أن يثبت أن السبب الأجنبي هو الذي أدى إلى وقوع الحريق، كقوة قاهرة أو حادث فجائي أو فعل الغير، وقد ذهب إلى هذا الاتجاه جمهور الفقهاء في مصر³.

وقد يكون المؤجر مالكا للعين المؤجرة، وقد يكون صاحب حق انتفاع فقط؛ ففي الحالة الأولى يكون المستأجر مسؤولاً عما تلف من العين المؤجرة بسبب الحريق، وفي الحالة الثانية يعرض صاحب حق الانتفاع عن قيمة حق الانتفاع، أما العين نفسها فمسئولية المستأجر عنها مسئولية تقصيرية، وقد يكون المستأجر مستأجراً أصلياً وقد يكون مستأجراً من الباطن؛ ففي حالة احتراق العين المؤجرة من الباطن، يكون المستأجر من الباطن مسؤولاً قبل المستأجر الأصلي، ويكون المستأجر الأصلي مسؤولاً قبل المؤجر⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 571.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص567، وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في العقود المسماة- عقد الإيجار-، ص545.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص566، 567.

⁴ المرجع نفسه، ص573.

ونخلص إلى أنّ احتراق العين المؤجرة لمستأجر واحد؛ تكون المسؤولية فيها على عاتق المستأجر؛ إذ يتحمّل ما نتج عن هذا الحريق من أضرار، وبإمكان المستأجر أن يدفع عن نفسه المسؤولية بإثبات أنّ الحريق كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

-الحالة الثانية: وهي كون العين المؤجرة يشغلها عدّة مستأجرين:

في هذه الحالة تطبق الفقرة الثانية من المادة 496 من القانون المدني رقم 58-75، والتي تنص على ما يلي: "فإذا تعدّد المستأجرون لعقار واحد، كان كلّ واحد منهم مسؤولاً عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله بما فيهم المؤجر إن كان يسكن العقار، إلا إذا ثبت أنّ الحريق بدأ نشوئه في الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين فيكون وحده مسؤولاً عن الحريق".

واضح من نص المادة أنّ العين المؤجرة إذا كانت مؤجرة إلى عدة أشخاص؛ بما فيهم المؤجر واحترقت؛ فإن هؤلاء الأشخاص يُسألون مسؤولية جماعية عن هذا الحريق، وهذه المسؤولية ليست إلا مسؤولية عقدية، وبالتالي لا تضامن بين المستأجرين لها، إلا إذا كانت العقود التي أبرمها تنصّ على التضامن فيما بينهم، فكلّ مستأجر يتحمّل نتيجة احتراق الجزء الذي يشغله، والأمر كذلك بالنسبة للمؤجر إذا كان يشغل حيزاً من العين المؤجرة، إلا أنّه بإمكان كلّ مستأجر أن يدرا عن نفسه المسؤولية إذا استطاع أن يُثبت أنّ الحريق كان بسبب أجنبي، ولم يكن من فعله أو فعل مستأجر آخر، أو أن يُثبت أنّ مصدر الحريق جزء من العقار المؤجر يشغله مستأجر آخر، انطلقت النار من جزئه، ثم انتشرت في باقي الأجزاء التي يشغلها المستأجرون الآخرون، فإذا ثبت أنّ الحريق كان بسبب قوة قاهرة؛ كنزول صاعقة في ذلك اليوم، أو هبوب رياح قوية نقلت النار من مكان قريب إلى العين المؤجرة؛ فإنّ المؤجر هو من يتحمّل تبعه هلاك العين المؤجرة بسبب الحريق، وإذا تبين أنّ الحريق مصدره الجزء الذي يشغله أحد المستأجرين، كان وحده مسؤولاً عن تبعه هذا الحريق في مواجهة المؤجر، أمّا إذا ظهر أنّ الحريق بدأ في الجزء الذي يشغله المؤجر، أو في الجزء الذي يسكنه حارس العمارة، أو في أحد الملاحق المشتركة؛ كالمصعد أو السلّم أو المرآب المشترك؛ فإنّ المؤجر هو من يتحمّل تبعه احتراق العين المؤجرة¹.

¹ يمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، ص77، وهلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ص166، 167.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أما إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة، وكان انتفاعهم بها على وجه الشروع كان هؤلاء جميعاً مسؤولين في مواجهة المؤجر عن الضرر الذي يلحق بها بسبب احتراقها وليس لهم دفع هذه المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي¹.

اختلف فقهاء القانون في حالة احتراق جزء من العقار دون انتقال الحريق إلى بقية الأجزاء الأخرى، هل تترتب المسؤولية على مستأجري الأجزاء التي لم يشملها الحريق؟ وإذا تترتب المسؤولية في حقهم فما نوعها؟، هناك اتجاهان:

-الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا بد أن يشمل الحريق جميع أجزاء العقار، سواء احترقت هذه الأجزاء بصفة كلية أو كان الحريق فيها جزئياً، فإذا كان الحريق قد طال بعض أجزاء العقار دون غيرها؛ فإن المسؤولية تترتب على مستأجري هذه الأجزاء التي مسّها الحريق، دون مستأجري الأجزاء التي لم تمسّها النار، ولا مجال لتحميلهم المسؤولية إلا إذا قام المؤجر أو أحد المستأجرين الآخرين بإثبات وقوع الخطأ في حقّ مستأجري الأجزاء التي لم تشملها النار، فحينئذ تكون مسؤوليتهم مسؤولية تقصيرية لا عقدية².

-الاتجاه الثاني: أصحاب هذا الاتجاه يرون أنّ كلّ واحد من المستأجرين للعقار يعتبر مسؤولاً عن كلّ ضررٍ لحقّ العقار في مجموعه بسبب الحريق، بنسبة الجزء الذي يشغله هو في هذا العقار، وحسب هذا الرأي، فإنّ مستأجر الطابق الذي لم يلحقه الحريق، يكون أيضاً مسؤولاً³.

والاتجاه الراجح هو الرأي الأول؛ لأنه يتوافق مع مقتضيات العدالة، ويتماشى مع قواعد المسؤولية، إذ لا تزر وازرة وزر أخرى، وليس من العدالة في شيء إلقاء تبعه احتراق العين المؤجرة على مستأجر لم يكن سبباً في اضطراب النار في جزء العقار الذي يشغله غيره من المستأجرين، لا هو ولا واحدٌ من أتباعه أو أقاربه الذين يقيمون معه، وليس من المنطق أن يتحمل المستأجر تبعه الحريق الذي نشب في طابق غير الطابق الذي يقيم فيه.

وبالتأمل في الفقرة الثانية من نص المادة-سالفه الذكر- يمكن ملاحظة أنّ المشرّع استعمل لفظ "العقار" عند الحديث عن محل العقد الذي يمكن أن يطاله الحريق، في حين أنه

¹ محمد علي عمران، شرح أحكام عقد الإيجار في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1978م، ص204.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص583،584، وعبد الرزاق حسن فرج، عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، مطبعة المدني، القاهرة، (1399هـ-1979م)، ص425، 426.

³ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-في العقود المسماة-عقد الإيجار-ص548.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

عبّر عنه بلفظ " العين المؤجرة" في الفقرة الأولى، وهذه الكلمة تشمل العقار والمنقول، بخلاف لفظ "العقار" فإنه لا ينصرف إلا للعقار فقط، فهل معنى ذلك أنّ المقصود هو الاختصار على العقارات فقط، أم أنّ الحكم يشمل العقار والمنقول؟

ذهب جانب من الفقه إلى أنّ ذلك مقصور على العقار دون المنقول؛ لأنّ تعدد المستأجرين لأجزاء مختلفة من العين المؤجرة لا يحصل عادة إلا في العقارات، وقد رأى جانب آخر من الفقه إلى أنّ ذلك يشمل العقار والمنقول¹.

ثم إنّ المشرع الجزائري حينما نصّ في الفقرة الثانية من المادة 496 من القانون المدني على أنّ كل واحد من المستأجرين مسؤول عن الحريق بالنسبة للجزء الذي يشغله؛ لم يُحدّد المعيار أو الأساس الذي يُمكن اعتماده لحساب هذه النسبة؛ فعلى أيّ أساس يتمّ توزيع المسؤولية؟

انقسم فقهاء القانون في هذه المسألة إلى ثلاثة اتجاهات²:

-الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن المقصود من عبارة (الجزء الذي يشغله) هو مساحة هذا الجزء بالنسبة إلى سائر الأجزاء الأخرى، إلا أنّ السنهوري يرى أنّ الأخذ بمساحة الجزء لا يخلو من الغرابة، إذ ليس هناك علاقة بين مساحة الجزء الذي يشغله المستأجر وبين مسؤوليته عن الحريق، ولا علاقة لمساحة الجزء بتوزيع المسؤولية بنسبة درجة احتمال بدء شوب الحريق في كلّ جزء، ومن الصعب تصور قيام العلاقة بينهما³.

-الاتجاه الثاني: وهذا الاتجاه يرى أنّ العبرة بقيمة الجزء الذي يشغله المستأجر، فأصحاب هذا الرأي يرون أن العلاقة الجدّية قائمة بين قيمة الجزء الذي يشغله المستأجر وبين مسؤوليته العقدية عن الحريق، فإذا احترق الجزء الذي يشغله كان مسؤولاً عن قيمته، وعند الاختلاف في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص582، وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-في العقود المسماة-عقد الإيجار-، ص548.

² عبد الرزاق حسن فرح، عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، ص437، 438.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص585، وسليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني-في العقود المسماة-عقد الإيجار-، ص549، وهلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ص168.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تقدير القيمة يتمّ تعيين خبير لتقدير هذه القيمة، لأنّ المستأجر ملزم برد العين المؤجرة سالمة عند انتهاء عقد الإيجار، فإذا تعدّر الردّ تعيّنَت القيمة¹.

-الاتجاه الثالث: يرى أنّ قيمة الجزء تُحدّد على أساس القيمة الإيجارية، لأنّ توزيع المسؤولية على أساس القيمة الإيجارية أسهل من الناحية العملية في تحديد نصيب كل من المستأجرين من هذه العين، كما أنه أقرب إلى العدالة².

والاتجاه الثاني هو الراجح؛ لوجهته، ولأنّ أصحابه أسّسوه بناء على أنّ المستأجر إذا أحلّ بتنفيذ التزامه بردّ العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار، فإنه يدفع تعويضاً تُحدّد قيمته بمقدار قيمة العين المؤجرة، وبناء على ذلك فإنّ مسؤولية المستأجر عن الجزء الذي يشغله تتحدّد بالنظر إلى قيمة الجزء الذي يشغله³.

فإذا أراد هؤلاء المستأجرون أن يدفعوا مسؤوليتهم عن حريق العين المؤجرة؛ فعليهم اتباع الوسائل التالية⁴:

- بإثبات أن الحريق قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد لهم فيه؛ فإذا أثبت أحد المستأجرين أن احتراق العين المؤجرة يرجع إلى سبب أجنبي، أو يعود إلى خطأ المؤجر الذي يقيم في العين التي يملكها، أو كان الخطأ بسبب فعل الغير، أو بسبب عيب في البناء أو لامتداد النار من منزل مجاور؛ فإنّ المسؤولية العقدية ترتفع عن المستأجرين، ويتحمل المؤجر تبعه الحريق؛ إلا إذا كان الحريق بسبب فعل الغير؛ فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية نحو الجميع.

- إذا استطاع أحد المستأجرين أن يثبت أن الحريق قد حدث بسبب خطأ من قبل أحد المستأجرين؛ فإنّ هذا المستأجر يكون وحده مسؤولاً عن حريق العين تجاه المؤجر وسائر المستأجرين عمّا خلفه الحريق من أضرار، وتبرأ ذمة سائر المستأجرين، وتكون مسؤوليته مسؤولية تقصيرية بالنسبة إلى باقي المستأجرين، وهي تقصيرية بالنسبة للمؤجر في رأي من يرى جواز

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص585.

² عبد الرزاق حسن فرح، عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، ص437، 438.

³ هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، ص168.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج06، ص588-590، وسليمان مرقس، الوافي في شرح

القانون المدني-في العقود المسماة-عقد الإيجار-، ص549، 550.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

اجتماع المسؤولين؛ العقدية والتقصيرية، وجواز الاختيار بينهما، وإذا تعدد المستأجرون الذين ثبت في حقهم الخطأ كانوا مسؤولين بالتضامن في مسؤوليتهم التقصيرية.

- أن يثبت أحد المستأجرين أن النار قد ابتدأ شوبها في جزء معين من العين المؤجرة يشغله مستأجر بالذات، ويترتب على ذلك أن مستأجر هذا الجزء يكون مسئولا وحده عن الأضرار التي أحدثها الحريق، وترتفع المسؤولية التعاقدية عن سائر المستأجرين.

ومن ناحية أخرى يستطيع هذا المستأجر أن يدرا عن نفسه المسؤولية بإثبات أن الحريق حتى وإن ابتدأ في الجزء الذي يشغله؛ إلا أنه نشأ عن سبب أجنبي لا بد له فيه، وإذا ثبت أن النار قد بدأ شوبها في الجزء الذي يشغله المؤجر أو في أحد الأجزاء المشتركة الموكولة إلى حراسته؛ كالسلم فإنّ المسؤولية العقدية ترتفع كذلك عن المستأجرين، وإذا أرادوا أن يرجعوا على المؤجر بالتعويض، فعليهم أن يثبتوا الخطأ في جانبه فيصبح مسئولا نحوهم مسؤولية تقصيرية.

الفرع الثالث-المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة:

من خلال ما مرّ معنا من بيان لمسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة؛ يمكن استخلاص ما يلي:

1- يدُ المستأجر على العين المؤجرة في الفقه الإسلامي-باتفاق مذاهبه- يد أمانة؛ فلا يجب عليه ضمائها إلا في حالة التعدي أو التفريط؛ فإذا احترقت العين المؤجرة من غير تفريطه أو تقصيره؛ فلا يقع على عاتقه عبء الهلاك، إلا أنه يتحمل تبعه الهلاك إذا كان الحريق بتعديه أو بتقصيره؛ كما لو أشعل النار في العين المؤجرة على غير العادة، بينما في القانون الجزائري فإنّ المستأجر مسؤول عن العين المؤجرة بمجرد احتراقها؛ فالخطأ في حقه مفترض، وذلك لأنه مُلزم بالمحافظة على العين التي يجوزها وردّها سليمة في النهاية، إلا أنّ القانون منح المستأجر وسيلة لدرأ هذه المسؤولية عن نفسه، وهي إثبات وجود السبب الأجنبي، كأن يثبت المستأجر أنّ الحريق راجع لقوة قاهرة، فالتزام المستأجر هنا التزام بتحقيق غاية، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل عناية الشخص المعتاد لتفادي الحريق، بل عليه أن يثبت أن الحريق كان بسبب أجنبي، فإذا عجز عن إثبات السبب الأجنبي، أو كان هذا السبب مجهولاً؛ كان المستأجر مسئولا عن

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الحريق، ولو أثبت أنه بذل كل عناية في الحفاظ على العين المؤجرة، فالتزام المستأجر في الفقه الإسلامي التزام ببذل عناية، بينما في القانون الجزائري التزم بتحقيق غاية.

2- الفقه الإسلامي لم يُميّز بين هلاك العين المؤجرة بفعل الحريق وبين هلاكها بأيّ سبب من أسباب الهلاك، بينما القانون الجزائري جعل مسؤولية المستأجر عن هلاك العين المؤجرة بسبب الحريق أشدّ من مسؤوليته عن هلاكها بأيّ سبب من الأسباب، نظرا لخطورة الحريق؛ بل ولأنه من أخطر أسباب الهلاك، ولعلّ أهل القانون كانوا على صواب حين شدّدوا مسؤولية المستأجر في حالة احتراق العين المؤجرة؛ حتى لا يتساهل المستأجر في الحفاظ على العين المؤجرة، ولأنّ الحريق إذا نشب في العين المؤجرة فمن الصعب التحكم فيه، ولا شك أنّه سيخلّف أضرارا بالغة.

المبحث الثالث

أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثالث: مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثالث- أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأشخاص، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

إجارة الأشخاص هي إحدى نوعي الإجارة؛ إذ تنقسم- في بعض تقسيماتها- إلى: إجارة الأعيان، وإجارة العمل الموصوف في الذمة، وقد شاع استعمال إطلاقات أخرى؛ كعقد الإجارة على الأشخاص، أو عقد الإجارة على العمل، أو عقد الإجارة على منافع الأشخاص. وعقد إجارة الأشخاص لا يرد على الشخص بذاته؛ وإنما يرد على عمله، والعمل هو منفعة الشخص.

وإذا كان محل عقد الإجارة عملاً من الأعمال؛ فإنّ هذا العامل أو الأجير إمّا أن يكون أجيراً خاصاً، وإمّا أن يكون أجيراً مشتركاً، وبالتالي فإنّ تبعة الهلاك تُبحث -هاهنا- من شقين: هلاك المعقود عليه في حالة الأجير الخاص (المطلب الأول)، وهلاك المعقود عليه في حالة الأجير المشترك (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل- أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأوّل- أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في الفقه الإسلامي:
الأجير الخاص هو من أجر نفسه مدة معيّنة ليقوم بعمل مؤقت بالتخصيص لواحد؛ يستحق الأجر بتسليم نفسه في المدة، ولا يمكنه شرعاً التزام مثله لآخر في تلك المدة؛ كالمخادم في المنزل والأجير في المحلّ، والموظّف، ويُسمى عند بعض الفقهاء بأجير الوحد أو الأجير المنفرد، وتُسمّى خاصّاً لاختصاص المستأجر بنفسه في تلك المدة دون غيره¹.
فالعقد في هذه الحالة يُحدّد أجيراً بذاته، فيُسلّم نفسه إلى صاحب العمل؛ فيعمل عنده أيّ عمل مشروع خلال زمن محدد، كالخياطة أو التجارة أو الإدارة؛ لمدة شهر مثلاً².

¹ السرخسي، المبسوط، ج15، ص80، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج05، ص517، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص88، 94، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص452، وابن قدامة، المغني، ج06، ص105، والزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج04، ص767، والموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (إجارة)، ج01، ص288.

² محمد أحمد علي أبو الشيخ، الأحكام الفقهية للإجارة الموصوفة في الذمة كما تقوم بها المصارف الإسلامية، مجلة كلية الآداب، العدد39، قسم الدراسات الإسلامية، كلية الآداب بقنا، 2012، ص199.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إذا ادّعى الأجير الخاص هلاك ما تحت يده؛ فهل يتحمل تبعه الهلاك أم لا؟ وبعبارة أخرى: ما مدى تضمين الأجير الخاص؟ هناك اتجاهان في الفقه الإسلامي:

-الاتجاه الأول: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية¹، والمالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴، إلى أنّ الأجير الخاص أمين، ليس عليه ضمان ما هلك تحت يده من مال إلا بالتفريط والتعدّي، فإذا ادّعى الأجير الخاص ضياع ما بيده من مال أو تلفه؛ يُصدّق في ذلك ولا يُضمّن؛ لأنّه مؤتمن كالوكيل والمضارب، ما لم يُفَرِّط أو يعتدي.

وذلك لأنّ العين أمانة في يده؛ قد قبضها بإذن صاحبها، فهو نائب عن المالك في صرف منفعه إلى ما أمره به؛ فالمال غيرُ مُسلّمٍ إليه حقيقة، وإنما استعان به المالك؛ كالاتعانة بالوكيل، ولأنّ الأجير الخاص لا يتقبّل الأعمال؛ فتكون السلامة فيه غالباً⁵.

إلا أنّ المالكية⁶ قد ضمّنوا الأجير الخاص في الطعام والإدام وكلّ ما تسرع إليه الأيدي من سمن وعسل ولحم وزيت، إذا كان التلف حاضلاً بسببه؛ إلا إذا كان بحضرة ربّ المال، أو أثبت الأجير صدق ما ادّعاه من تلفٍ للطعام دون تعدّيه؛ فهو محمول على الخيانة حتى تثبت الأمانة أو يُصدّقه صاحب المال.

-الاتجاه الثاني: وهو قول للشافعية⁷؛ يوجب الضمان على الأجير؛ لأنه أخذ الشّيء لمنفعة نفسه، وفساد الناس في هذا الزّمان.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص56، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص316.
² ابن رشد القرطبي، أبو الوليد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط6، (1402هـ-1982م)، ج02، ص232، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج07، ص26، ومحمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1404هـ-1984م)، ج07، ص507.

³ النووي، روضة الطالبين، ج04، ص299، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص451.
⁴ ابن قدامة، المغني، ج06، ص108، 109، والبّهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج09، ص130.
⁵ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص316، والنووي، روضة الطالبين، ج04، ص299، وابن قدامة، المغني، ج06، ص109.

⁶ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص232، والقرافي، شهاب الدين، أحمد بن إدريس، الذّخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1414هـ-1994م)، ج05، ص529، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج07، ص26.

⁷ النووي، روضة الطالبين، ج04، ص300، والشريبي، مغني المحتاج، ج02، ص451، 452.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وعلى هذا القول؛ فهل يضمن الأجير أقصى قيمة من القبض إلى التلف، أم قيمة يوم التلف؟ فيها وجهان؛ أصحهما الثاني¹.

والراجح مذهب الجمهور القائل بعدم تضمين الأجير الخاص؛ لأنه لم يأخذ العين لمصلحة نفسه، وليس له غرض فيها، فهو يستحق الأجر بتسليم نفسه بخلاف الأجير المشترك الذي يتقبل الأعمال الكثيرة من الناس طمعا في الأجر؛ فقد يعجز عن أداء واجبه².

الفرع الثاني - أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في القانون الجزائري:

رأينا أنّ الأجير الخاص في الفقه الإسلامي هو الذي يُسَلَّم نفسه للمستأجر ليعمل عنده مدة من الزمن، وأنّ الفقهاء متفقون على مدلوله في الجملة، وأنهم درجوا في مصنفاتهم الفقهية على استعمال عبارة الأجير الخاص، أو الأجير الواحد، أو أجير الوحد، أو الأجير المنفرد.

والذي يقابل الأجير الخاص في الفقه الإسلامي: العامل في القوانين المدنية وأنظمة العمل، والجامع بينهما صفة التبعية؛ فالأجير الخاص يُسَلَّم نفسه لصاحب العمل، وكذلك العامل يُسَلَّم نفسه لصاحب العمل ويعمل تحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يحصل عليه³.

وقد نصّت المادة الثانية(2) من قانون العمل الجزائري على ما يلي: " يُعتبر عمالا أجرا، في مفهوم هذا القانون، كل الأشخاص الذين يؤدّون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتّب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبعي أو معنوي عمومي أو خاص، يُدعى المستخدم"⁴.

فما مدى تضمين العامل عن هلاك ما تحت يده أثناء تأديته لعمله؟

¹ النووي، روضة الطالبين، ج04، ص300.

² محمد عبد المقصود حاب الله، مسؤولية المستأجر والأجير في الشريعة الإسلامية، ط1، (1400هـ-1980م)، ص412.

³ محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه-دراسة مقارنة- بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2012م، ص469، وعلي محي الدين القرّة داغي، الإجارة على منافع الأشخاص-دراسة فقهية مقارنة- في الفقه الإسلامي وقانون العمل، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، (1429هـ-2008م)، ص06.

⁴ قانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990م، يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، مؤرخة في 25 سبتمبر 1990م، المعدل والمتمم.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تناول المشرع الجزائري في القانون المدني؛ في الفصل الثالث المعنون بـ: الفعل المستحق للتعويض؛ في القسم الأول منه؛ والمعنون بـ: المسؤولية عن الأفعال الشخصية: فكرة الخطأ وما تقتضيه أحكامه؛ حيث نصت المادة 124 على ما يلي: " كل فعل أيًا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرراً للغير، يُلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض "¹.

فالخطأ هو العنصر الذي يُعبّر عن وجود عيب في إرادة الفاعل يُفترض معه أنّ هناك إهمالا متعمداً لليقظة الواجب توافرها لدى الإنسان الحريص².

فهناك إرادة غافلة خاملة لا تتوقع النتيجة ولم يجتهد صاحبها في توظيف العلم لقراءة المستقبل وفي التنبؤ الحدث الذي يُفضي لوقوع النتيجة، وفي رسم صورة ذهنية له يستطيع من خلالها أن يتحول دون وقوع النتيجة؛ سواء بالامتناع عن السلوك المؤدي إليها كلياً أو بإبعاد الخطورة عن السلوك أثناء إتيانه³.

وبالنظر في أحكام المادة 124 من القانون المدني؛ نجد أنّها تشترط صراحة خطأ الفاعل؛ حيث أنّ المشرع الجزائري أخذ بالتصور الشخصي في المسؤولية المدنية عن الفعل الشخصي، وأساس هذه المسؤولية الخطأ الشخصي، وعليه فإنّ الخطأ التقصيري الذي نصّت عليه المادة 124 من القانون المدني هو إخلال بالتزام قانونين وهو بذل العناية اللازمة باليقظة في السلوك، والتبصر تفادياً لإلحاق الضرر بالغير⁴.

وقد جاء قرار المحكمة العليا ليؤكد هذا المبدأ: " من المقرر قانوناً أنّ كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضرراً للغير يُلزم من كان سببا فيه بالتعويض، ومن ثمّ فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يُعدّ خرقاً للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع تساءلوا عن ملكية الأنوب

¹ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 21 جوان 2005.

² تيرس مراد، الخطأ الشخصي كسبب لتسريح العامل - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011، ص 78 .

³ نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي - دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية -، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1984م، ص 70.

⁴ علي فيلاي، الالتزامات - الفعل المستحق للتعويض، دار موفم للنشر، الجزائر، ط2، 2004م، ص 50، 51.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

موضوع النزاع في حين أنّ الطاعن قد طالب بإصلاح الضرر اللاحق به، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا المادة 124 من القانون المدني التي تُلزم مسبب الضرر بإصلاحه.

ومتى كان كذلك يستوجب نقض القرار¹.

وهذا ما جاء أيضا في قرار آخر للمحكمة العليا: " من المبادئ المستقر عليها قانونا أنّ العمل الشخصي المسبب ضررا للغير يرتب المسؤولية ويُلزم صاحبه بالتعويض، ومن هذا المفهوم كان تقديم الشكوى إلى النيابة غير مشكل في حدّ ذاته خطأ موجبا للمسؤولية، مادامت السلطة المبلغ لها تملك حرية المتابعة كما تستطيع اتّخاذ قرار الحفظ.

غير أنّ التبليغ الذي انتهى بصدور قرار بالألا وجه للمتابعة إن كان يفتح للمشتكى منه الحق في المطالبة بالتعويض عن البلاغ الكاذب؛ فإنه لا يكون أساسا للمطالبة إلا إذا ثبت عدم صحّة الأفعال محلّ التبليغ بقرار انتفاء وجه الدعوى غير مبني على الشك، والجهة القضائية التي منحت التعويض متجاهلة هذا الشرط، تكون قد أخطأت في تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض².

وعليه فإنّ العامل غير مسؤول عن الهلاك الذي وقع بفعل السبب الأجنبي؛ كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإنما يكون ملزما بالتعويض لرب العمل في حالة تقصيره وتعدّيه، بارتكابه خطأ يضرّ بالمستخدم.

وقد اشترط المشرّع الجزائري وقوع الخطأ الجسيم من العامل حتى يرجع المتبوع على تابعه، فقد نصّت المادة 137 من القانون رقم 05-10 على أنّ: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

¹ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 15/11/1989، ملف رقم 56493، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1990، العدد 02، ص 14.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 05/01/1983، ملف رقم 29009، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1989، العدد 01، ص 32.

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص:

رأينا أن فقهاء الشريعة الإسلامية يُطلقون لفظ الأجير الخاص على ما يُعرف في الأنظمة والقوانين بالعامل، وتسمية الفقهاء أدق؛ لأنّ مصطلح "العمل" أعمّ من الإجارة، فقد يُطلق العامل في الاصطلاح الشرعي على المشرف على جمع الزكاة، قال تعالى: ﴿وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهِمْ﴾ التوبة: 60، ويُطلق أيضا على جميع الأعمال الشاملة للدنيا والآخرة، وعلى المضارب، وعلى العامل في المساقاة والمزارعة، ولذلك فإنّ مصطلح "الأجير" أدقّ من مصطلح "العامل"¹. وبالنسبة لضمان الأجير؛ فإنّ القانون الجزائري أخذ باتجاه جمهور الفقهاء؛ الذي يرى أنّ الأجير أمين؛ فلا ضمان على ما هلك تحت يده إلا بالتفريط أو التّعدي، وهذا ما عبّر عنه القانون بالخطأ الجسيم، فالعامل لا يضمن ما هلك تحت يده بالسبب الأجنبي، طالما أنه لا يد له في ذلك.

المطلب الثاني- أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في الفقه الإسلامي:
الأجير المشترك هو من يُؤجر نفسه لأكثر من واحد، أو هو من يلتزم بالعمل لأكثر من واحد في وقت واحد، ويكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله، ولا يستحق الأجرة حتى يعمل؛ كالصبّغ والقصّار؛ لأنّ المعقود عليه إذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعمارة؛ لأنّ منافعه لم تصر مستحقة لواحد، فمن هذا الوجه يسمّى أجيّرا مشتركا، وقد عبّر عنه بعض الفقهاء بالصانع².

¹ علي محي الدين القرة داغي، الإجارة على منافع الأشخاص-دراسة فقهية مقارنة-في الفقه الإسلامي وقانون العمل، ص06.

² السرخسي، المبسوط، ج15، ص80، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج05، ص517، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص311، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص88، 94، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص452، وابن قدامة، المغني، ج06، ص105، 106، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص130، 131.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فهل يضمن الأجير المشترك ما هلك تحت يده من سلعة أو عمل؟ للإجابة عن هذا التساؤل؛ يتعين التفصيل الآتي:

أولاً: اتفق فقهاء المذاهب¹ على أنّ الأجير المشترك يضمن هلاك ما تحت يده؛ إذا كان هذا الهلاك ناجماً عن تعدّد منه أو تفريط.

ثانياً: إذا هلك ما تحت يد الأجير المشترك من غير تعدّد منه ولا تقصير، ولم يكن منفرداً باليد فلا ضمان عليه، وهذا قول جمهور الفقهاء².

ثالثاً: إذا هلك ما تحت يد الأجير المشترك، وكان ذلك من غير تعدّد منه ولا تفريط، وكان الهلاك واقعا حالة كونه منفرداً باليد عن المستأجر؛ فلفقهاء في هذه الحالة قولان:

-القول الأول: لا يجب عليه ضمان ما هلك تحت يده؛ فيده يد أمانة. وهذا قول عند الحنفية³، وهو الأظهر عند الشافعية⁴، وهو المذهب عند الحنابلة⁵، وهو مذهب المالكية⁶ في غير الصناع وحاملي الطعام الذي تسرع إليه الأيدي؛ إذا لم تقم بينة على تلف السلعة دون تعدي الأجير وتقصيره.

-القول الثاني: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بتضمين الأجير المشترك في هذه الحالة؛ لأنّ يده على مثل هذه الأموال يد ضمان، وذلك حفظاً لأموال الناس من الضياع.

¹ السرخسي، المبسوط، ج15، ص81، وابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص232، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص452، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص131.

² ابن عابدين، ردّ المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص92، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج04، ص25، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص451، وابن قدامة، المغني، ج06، ص107.

³ السرخسي، المبسوط، ج15، ص103، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص54، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص311.

⁴ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص267، والنووي، روضة الطالبين، ج04، ص299، والشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص451.

⁵ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج06، ص68، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج09، ص133.

⁶ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص232، والحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج07، ص553، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج07، ص26.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذا الاتجاه هو قولٌ للحنفية¹ في حالة الهلاك الذي يقع بغير الحرق الغالب أو الغرق الغالب أو اللصوص المكابرين، وهو مذهب المالكية² في الصناعات وحاملي الطعام الذي تسرع إليه الأيدي؛ إذا لم تقم بينة على تلف السلعة دون تعدي الأجير وتقصيره، وهو قول مقابل للأظهر عند الشافعية³، وهو رواية عند الحنابلة⁴، وفي رواية أخرى عند الحنابلة⁵: أنه يضمن إذا كان التلف بغير أمر ظاهر؛ كالحريق واللصوص ونحوهما.

وبالنسبة للأجرة-عند سقوط الضمان- فهي ساقطة عنه عند الحنفية⁶، والمالكية-في المشهور⁷، والحنابلة في المذهب⁸.

وهذه المالكية في قول⁹، والشافعية¹⁰ (عند عدم الانفرد باليد)، والحنابلة في مقابل المذهب¹¹؛ إلى أن الأجير المشترك يستحق الأجرة.

والراجح قول القائلين بتضمين الأجير المشترك؛ لأنّ في ذلك صيانة لأموال الناس من

¹ السرخسي، المبسوط، ج 15، ص 103، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 06، ص 54، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 06، ص 311.

² ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 232، والخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 553، والخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج 07، ص 26، 28، 29، ومحمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، ج 07، ص 508.

³ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 02، ص 267، والنووي، روضة الطالبين، ج 04، ص 299، والشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 02، ص 451.

⁴ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 06، ص 68، وابن قدامة، المغني، ج 06، ص 107.

⁵ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 06، ص 69.

⁶ السرخسي، المبسوط، ج 15، ص 103، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 06، ص 54.

⁷ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 560، ومحمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، ج 07، ص 517.

⁸ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 06، ص 69، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج 09، ص 133.

⁹ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 233.

¹⁰ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 02، ص 268، والأنصاري، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 02، ص 426.

¹¹ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 06، ص 69.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

التلف والضياع، وقد نرى في زماننا هذا بعض الصناع يستهترون بالعمل ولا يؤدونه على الوجه المطلوب، فإذا قلنا بعدم تضمينهم؛ فإنهم لا يبالون بشيء طالما أنهم لا يتحملون مسؤولية هلاك ما تحت أيديهم¹.

الفرع الثاني - أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في القانون الجزائري:

رأينا أنّ عقد الإجارة يرد على منفعة الصانع، أو العامل أو الحرفي، بحيث تكون المنفعة المعقود عليها متعلقة بالذمة، وذلك كاستئجار أرباب الحرف، والصنائع والعمال، ونحوهم للقيام بالبناء أو الخياطة أو التجارة، وما شابه ذلك.

وهذا النوع يختص به الأجير المشترك، الذي يتقبل الأعمال من الناس، وتكون منفعته مشتركة بينهم، ويستحق الأجرة بعمله، لأنّ العمل يتعلق بذمته لا بعينه، والأجير المشترك يشبه المقاول في فقه القانون؛ ففي بعض صور المقاولة يقع العقد بين رب العمل والمقاول على أداء العمل فقط، وهو أداء المهارة الفنية التي يمتلكها المقاول في مجال عمله، وقيام ربّ العمل بتوفير المواد اللازمة لهذا العمل، وهذا من خصائص الإجارة على عمل².

وعليه فإنّ عقد المقاولة يكون في بعض صوره عقد إجارة الأجير المشترك³.

يحسن بنا قبل أن نبيّن أثر الهلاك وتحمل التبعة في عقد المقاولة في القانون الجزائري؛ أن نتناول بشيء من الإيجاز مفهوم المقاولة.

أولاً - مفهوم المقاولة:

لم يرد مصطلح المقاولة في كتب الفقه؛ في باب المعاملات بشكل عام، أو في العقود بشكل خاص، لكون مصطلحا حديثا من حيث التسمية، أما من حيث حقيقته المتداولة في عصرنا؛ فلا يخرج عما ألفه الفقهاء من عقود؛ كالاستصناع والإجارة⁴.

أمّا عند المعاصرين والمتأخرين فقد وردت تعريفات عديدة للمقاولة؛ منها:

¹ محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه - دراسة مقارنة - بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص 468، 469.

² قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1428هـ - 2008م)، ص 254.

³ إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 26 - العدد 02، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2010، ص 748، وشيخ نسيم، التكييف الفقهي لعقد المقاولة، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 03، المركز الجامعي عين تموشنت، الجزائر، سبتمبر 2013، ص 261.

⁴ قذافي عزات الغنائيم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، ص 251.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-المقاوله: " عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع أو يؤدّي عملا لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"¹.

- " اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يصنع للمتعاقّد الآخر شيئا، أو أن يؤدّي عملا، بمقابل مالي يتعهد به هذا المتعاقّد الآخر"².

وهذه التعريفات حتّى وإن اختلفت في العبارة إلا أنّها تتفق في مجملها على أنّ المقاوله تقوم على أساس أنّ المقاول يقوم بالعمل الذي عهد إليه في استقلال كامل دون تبعية لصاحب العمل؛ إذ أنّ الالتزام الرئيسي في عقد المقاوله هو الالتزام بعمل وتحقيق نتيجة³.

وأما من الناحية القانونية؛ فإنّ المشرع الجزائري قد خصّ عقد المقاوله-الذي يندرج ضمن العقود المسماة- بتنظيم قانوني مستقل ضمن أحكام القانون المدني، حيث أنّه جعل لعقد المقاوله كيانا قانونيا يميّز عن غيره من العقود.

من المعلوم أنّ فقهاء القانون هم أهل الاختصاص في وضع التعاريف للمصطلحات والعقود، إلا أنّ المشرع الجزائري قد خرج عن هذا الإطار المألوف، وجاء بتعريف لعقد المقاوله؛ حيث نصّت المادة 549 من القانون المدني على ما يلي: " المقاوله عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدّي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقّد الآخر".

ثانيا- أثر الهلاك وتحمل التبعة في عقد المقاوله في القانون الجزائري:

قبل الحديث عن أثر الهلاك في عقد المقاوله؛ يجدر بنا الكلام عن التزامات المقاول تجاه ربّ العمل، وهي ثلاثة: إنجاز العمل المعهود إليه بموجب عقد المقاوله، ثمّ التزامه بتسليم العمل بعد الانتهاء من إنجازّه، وأخيرا ضمان العمل بعد تسليمه⁴.

وقد نظم المشرع الجزائري التزامات المقاول وأفرد لها قسما خاصا، تحت عنوان: التزامات المقاول، وقد ضمّ هذا القسم ثمانية مواد، وسنذكر بعضا منها بشيء من الاختصار.

¹ الزحيلي، محمد، العقود المسماة(البيع-المقايضة-الإيجار)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ط4، 1994م، ص276.

² رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1، (1412هـ-1991م)، ص374.

³ شيخ نسيمه، التكييف الفقهي لعقد المقاوله، ص255.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07، ص64.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إذا كان المقاول قد تعهّد بتقديم مادة العمل كلّها أو بعضها كان مسؤولاً عن جودتها، وعليه ضمانها لربّ العمل¹.

أما إذا كان ربّ العمل هو الذي يقدم مواد العمل (وهذا ما يقابل الأجير المشترك في الفقه الإسلامي)؛ فإنّ المقاول مطالبٌ بالحرص عليها، وأن يراعي أصول الفنّ في استخدامه لها، وأن يُؤدّي حساباً لربّ العمل عما استعملها فيه ويردّ إليه ما يقي منها، وإن صار شيءٌ من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب إهماله أو قصور كفايته الفنيّة فهو مُلزم بردّ قيمة هذا الشيء لربّ العمل، وعليه أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات على حسابه، ما لم يقض الاتفاق أو عرف الحرفة بغير ذلك².

فوفقاً لهذا النصّ يجب على المقاول أن يُنجز عمله بالطريقة المتبعة والمتفق عليها، وأن يقوم بالعناية اللازمة في إنجاز عمله، وهذه العناية تختلف بحسب العمل الموكّل للمقاول، كما يجب عليه الالتزام بالآجال والمواعيد المتفق عليها في العقد، فإذا لم يوجد اتفاق؛ فالواجب إنجاز العمل خلال المدّة المعقولة التي ترجع للأعراف السائدة في هذا المجال³.

ومسؤولية المقاول هنا عقدية؛ فإذا تلف الشيء أو ضاع أو هلك فإنّ عبء الإثبات يقع على ربّ العمل، فعليه أن يُثبت أنّ المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأنّ الهلاك أو التلف أو الضياع كان نتيجة هذا الإهمال، ومن ناحية أخرى فللمقاول أن يدرأ عن نفسه هذه المسؤولية؛ إذا أثبت أنّه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أنّ التلف أو الهلاك كان بسبب أجنبيّ لا يد له فيه⁴.

وبالنسبة لالتزام المقاول بتسليم العمل فإنّ المشرع نصّ⁵ على إلزام المقاول عند إنهاء العمل؛ بتسليمه إلى ربّ في أقرب وقت ممكن بحسب ما هو جارٍ في المعاملات.

¹ المادة 551 من القانون المدني، سبق ذكره.

² المادة 552 من القانون المدني، سبق ذكره.

³ مريم طايبي، الإطار القانوني لعقد المقاولة وآثاره في ظلّ التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2014/2013، ص46، ومحمد جيلالي، مسؤولية المقاول عن تدهم البناء في التشريع الجزائري، مجلة التعمير والبناء، المجلد 03-العدد 03، مخبر تشريعات حماية النظام البيئي، جامعة ابن خلدون، تيارت، سبتمبر 2013، ص105.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 07، ص74.

⁵ المادة 558 من القانون رقم 05-10، سبق ذكره.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والمقاول كذلك يقع عليه التزام ثالث وهو ضمان العمل، حيث: " يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيدها من مبان، أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض، ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة، ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته.

وتبدأ مدّة السنوات العشر من وقت تسلّم العمل نهائياً"¹.

وليس هذا فحسب؛ بل ذهب المشرّع الجزائري إلى إبطال كل شرط، يقصد به إعفاء المهندس المعماري، والمقاول من الضمان، أو الحدّ منه².

بعد أن رأينا التزامات المقاول تجاه ربّ العمل؛ ننتقل إلى بيان أثر الهلاك وتحملّ التبعة في عقد المقاولة:

أ- أثر الهلاك قبل التسليم: وله ثلاث حالات:

- في حالة ما إذا كان الهلاك بسبب أجنبيّ؛ فإنّ عقد المقاولة ينقضي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه³، وما هذا إلا إعمالاً للمبدأ العام بشأن انقضاء الالتزام، حيث ينقضي إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلًا عليه لسبب أجنبيّ عن إرادته⁴.

فإذا أثبت المقاول أنّ العمل المعهود إليه قد أصبح مستحيلًا لسبب أجنبيّ؛ كقطع يده التي يرسم بها، أو فقد بصره، وكان العمل رسمًا فنيًا لا يقوم به إلا هو، ففي هذه الحالة ينقضي التزام المقاولة باستحالة التنفيذ لسبب أجنبيّ⁵.

ويقع على المقاول عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي؛ إذ أنه لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي⁶.

¹ المادة 554 من القانون المدني، سبق ذكره.

² المادة 556 من القانون المدني، سبق ذكره.

³ المادة 567 من القانون المدني، سبق ذكره.

⁴ المادة 307 من القانون المدني، سبق ذكره.

⁵ بجاوي المدني، التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دار هومة، الجزائر، ط1، 2008م، ص154.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07، ص94.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

إنّ الطبيعة القانونية التي تقوم عليها العقود الملزمة للجانبين تجعلنا نقول أنّ الطرف الذي يستحيل عليه تنفيذ التزامه نتيجة تدخل السبب الأجنبي هو نفسه الذي يتحمل الخسارة الناتجة عن ذلك¹.

وفي هذا الصدد نصّت المادة 568 من القانون المدني-في فقرتها الأولى- على ما يلي:
" إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ، قبل تسليمه لربّ العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برّد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين".
فالتبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدّمه من عمل ومادة، ويتحملها ربّ العمل فيما قدّمه من مادة، فالمقاول لا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه؛ لأنّ ربّ العمل لم يُفدّ من هذا العمل شيئاً، وهو أيضاً يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدّمها؛ فلا يستطيع أن يرجع بقيمتها على ربّ العمل، لأنه لم يُسلّم الشيء إليه، وإذا كان ربّ العمل هو الذي قدّم المادة؛ فإنّ تبعة الهلاك أيضاً تقع على المقاول فيما يتعلق بأجر عمله ونفقاته ولا يستطيع أن يطالب بها ربّ العمل، وأمّا المادة التي قدّمها ربّ العمل؛ فهو من يتحمل تبعة هلاكها؛ لأنه يبقى مالكا لها وهي في يد المقاول، والشيء يهلك على مالكة كما تقضي القواعد العامة².

ولا مجال للحديث عن التعويض هنا؛ لوجود السبب الأجنبي، إلا إذا كان ربّ العمل قد أعذر المقاول-بعد أن حلّ موعد التسليم- بضرورة التسليم ولكن المقاول امتنع عنه، ثم استحال التسليم بعد ذلك للسبب الأجنبي؛ فإنّ المقاول يلتزم لربّ العمل بالتعويض³.

-في حالة الهلاك بسبب المقاول:

إذا كان الهلاك راجعا إلى خطأ المقاول، أو امتناعه عن تسليم الشيء لربّ العمل بعد إعداره؛ ففي هذه الحالة من يتحمل تبعة الهلاك؟
لقد أجابت المادة 568 من القانون المدني-في فقرتها الثانية- على هذا التساؤل؛ حيث جاء فيها: " إذا كان المقاول قد أعذر بتسليم الشيء، أو كان هلاك الشيء أو تلفه قبل التسليم راجعا إلى خطئه وجب عليه أن يُعوّض ربّ العمل".

¹ حسين تونسي، محمد، انحلال العقد-دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاولة، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007م، ص104.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07، ص95، 96.

³ محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه-دراسة مقارنة- بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، ص475.

فهذا النص واضح وصريح في تحميل المقاول تبعة الهلاك في هذه الحالة. فإذا كان المقاول هو من قدّم المادة التي يقوم بتصنيعها؛ فإنّه لا يأخذ أجراً على عمله ولا يستردّ نفقاته، كما أنّه لا يرجع بقيمة المادّة على ربّ العمل، وفوق كلّ ذلك يكون المقاول ملزماً بدفع تعويض لربّ العمل بسبب تضرره من جراء خطأ المقاول، أمّا إذا كان ربّ العمل هو الذي قام بتوريد هذه المادّة؛ فإنّ المقاول لا يأخذ أجراً على عمله ولا يستردّ نفقاته، ويرجع ربّ العمل عليه بقيمة المادّة التي قام بتوريدها، وبالتعويض عن كلّ ضرر أصابه بسبب خطأ المقاول¹.

— حالة الهلاك قبل التسليم بسبب خطأ ربّ العمل:

إذا كان الهلاك الذي وقع قبل التسليم بسبب خطأ ربّ العمل، أو ما يعدل الخطأ؛ بأن يكون ربّ العمل قد أعذر من طرف المقاول ليتسلم الشّيء فلم يفعل، أو كان الهلاك راجعاً لعيب في المادة التي وردها للمقاول؛ فإنّ المادة 568 من القانون المدني—في فقرتها الثالثة— جعلت الهلاك على ربّ العمل؛ حيث نصّت على ما يلي: " فإذا كان ربّ العمل هو الذي أعذر بأن يتسلم الشّيء، أو كان هلاك الشّيء أو تلفه راجعاً إلى خطأ منه، أو إلى عيب في المادّة التي قام بتوريدها، كان هلاك المادة عليه، وكان للمقاول الحقّ في الأجر وفي إصلاح الضرر عند الاقتضاء "

فإن كان المقاول هو من قدّم المادة لربّ العمل؛ ثمّ هلك الشّيء بخطأ ربّ العمل، أو بعد أن أعذر بالتسلّم؛ فإنه يُجبر على دفع الأجر كاملاً للمقاول، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك، وإذا كان ربّ العمل هو من قام بتوريد المادة، وكان بها عيبٌ، أو كان الهلاك بخطئه أو بعد أن أعذر بالتسليم؛ فإنّه يتحمل وحده الخسارة ويدفع الأجر كاملاً للمقاول ولا يرجع على المقاول بقيمة الشّيء الذي ورده له².

ب— أثر الهلاك بعد التسليم:

إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعذار ربّ العمل من طرف المقاول؛ فإنّ الذي يتحمل تبعة الهلاك هو ربّ العمل وحده، لأنّ المقاول يكون في هذه الحالة قد قام بتنفيذ

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 07، ص 96، 97.

² المرجع نفسه، ص 97، 98.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

التزامه، سواء أكان ربّ العمل هو من قام بتوريد مواد العمل أم المقاول، ويجب على ربّ العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول¹.

ج- حالات تحمل ربّ العمل تبعه قبل التسليم:

الأصل أنّ المقاول يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم، وربّ العمل يتحملها بعد التسليم، واستثناءً من ذلك؛ فقد يتحمّل ربّ العمل تبعه الهلاك قبل التسليم في الحالات الآتية²:
- عندما يتفق المتعاقدان على أن يتحمل ربّ العمل تبعه هلاك المادة ولو لم يتسلمها؛ لأنّ قاعدة تحمّل المقاول تبعه الهلاك قبل التسليم ليست من القواعد الآمرة؛ فيجوز الاتفاق على خلافها.

- عند هلاك الشيء في يد المقاول وهو حابس له؛ لأنه يحقّ للمقاول لأن يحبس الشيء إذا كان أجره مستحق الوفاء، وامتنع ربّ العمل عن دفعه؛ لأنّ ربّ العمل هو من تسبّب في حبس الشيء الهالك في يد المقاول بامتناعه عن الوفاء بأجر المقاول.

- في حالة وضع ربّ العمل يده على الشيء دون موافقة المقاول ودون وجود حكم من القضاء، ثم هلك الشيء؛ فإنه يهلك على ربّ العمل؛ لأنّ التسليم القانوني لم يتم؛ ولأنّه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه.

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك:

رأينا أنّ فقهاء المذاهب اتفقوا على تضمين الأجير المشترك في حالة تقصيره أو تعدّيه، وهذا ما يتوافق مع القانون المدني الجزائري الذي حمّل المقاول تبعه الهلاك و ألزمه بالتعويض في حالة وقوع الهلاك بسبب خطأ منه.

أمّا في حالة وقوع الهلاك من غير تعدّد وتفريط من الأجير المشترك؛ فإنّ الفقهاء اختلفوا في تضمينه وتحميله تبعه الهلاك؛ فمنهم من جعل يده يد ضمان، ومنهم من رأى أنّ يده يد أمانة، لا يضمن إلا بالتعدّي أو التقصير، وهذا الرأي الأخير يتوافق مع القانون المدني؛ الذي اعتبر يد المقاول يد أمانة؛ فلا يضمن إلا إذا تعدّى، بعد بذله عناية الشخص المعتاد، أو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج07، ص97.

² محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1962م، ص111.

تجاوز المؤلف المعتاد.

وقد جعل القانون المدني عبء الإثبات على ربّ العمل، فعليه أن يُثبت أنّ المقاول لم يبدّل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأنّ الهلاك كان نتيجة هذا الإهمال، ومن ناحية أخرى فللمقاول أن يتخلص من هذه المسؤولية؛ إذا أثبت أنّه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أنّ الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

المطلب الثالث-مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

ارتأينا في هذا المطلب أن نتناول الحديث عن مسؤولية الطبيب العقدية؛ كتطبيق خاص لإجارة الأشخاص، نظرا لشرف مهنة الطبّ وخطورتها، ولحاجة الناس إلى الطبّ في حياتهم اليومية، وعليه سنرى مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي(الفرع الأول)، ثم نبحت هذه المسؤولية في القانون الجزائري (الفرع الثاني)، ثم نعقد المقارنة في (الفرع الثالث).

الفرع الأول-مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي:

إنّ ممارسة مهنة الطب في الشريعة الإسلامية تُعدّ واجبا، إلا أنّها في التشريعات الوضعية الحديثة تُعتبر حقّا، كغيرها من المهن الأخرى؛ فظرة الشريعة الإسلامية لمهنة الطبّ أفضل وأكثر انسجاما مع الروابط الاجتماعية القائمة على التعاون والتكاتف، وتسخير كل القوى لخدمة المجتمع، فالطبيب في الشريعة الإسلامية مُلزم بأن يُسخّر قدراته ومواهبه في خدمة الجماعة¹.

كما أنّ مهنة الطب مهنة إنسانية نبيلة، يحتاج الطبيب للقيام بها على أكمل وجه إلى منحه الحرية والثقة والاطمئنان، بشرط الحرص على حياة المريض ومراعاة سلامته الجسدية، فالأمر يحتاج للموازنة بين مصلحتين مُهمّتين؛ مصلحة الطبيب في إعطائه قدرا كبيرا من الثقة والحرية والاطمئنان أثناء تأديته لمهنته، ومصلحة المريض في حقّه في الحفاظ على حياته وعدم المساس بسلامته الجسدية.

قبل أن نصل إلى بيان مسؤولية الطبيب العقدية؛ يجدر بنا أن نُعرِّج على ماهية الخطأ الطبي، وأقسام الأطباء في الفقه الإسلامي:

¹ أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، طبعة 1983م، ص36.

-أولاً: مفهوم الخطأ الطبي:

يُعتبر الخطأ من موجبات المسؤولية الطبية، لأنه يؤدي إلى إتلاف نفس الإنسان ومنافعه، والخطأ الطبي يكون عند إجراء الطبيب الفحص اللازم للمريض، ثم يقوم بتشخيص المرض وتحديد نوعه بناء على الفحص الذي أجره، ثم يصف الدواء المناسب لهذا المرض، غير أنّ حالة المريض الصحيّة تزداد سوءاً ويشتدّ الألم على المريض؛ فيتبيّن أنّ الطبيب قد أخطأ في التشخيص ووصف الدواء، والذي يحكم بخطأ الطبيب في تقديره للمرض هم الأطباء المتخصصون¹.

فالخطأ الطبي هو ما لم يقصد الطبيب نتيجته رغم اجتهاده لتلافي حدوثها². ومنهم من عرّف الخطأ الطبي بأنه: "تقصير في مسلك الطبيب لا يقع من طبيب يقظ وُجد في نفس الظروف الخارجية التي أحاطت بالطبيب المسؤول"³. وهذا التعريف غير جامع؛ لاقتصاره على حالة التقصير فقط، مع أنّها أحد عناصر الخطأ الطبي، وهو غير مانع من جهة شموله لحالة التقصير العمد، وهذه ليست من قبيل الخطأ، ولذا فإنّ تعريف الخطأ الطبي يكون كما يلي: "هو الإخلال بالالتزامات الخاصة التي تفرضها مهنة الطبّ دون قصد بالإضرار بالغير، ويقع الإخلال بترك ما يجب فعله أو فعل ما يجب تركه"⁴.

-ثانياً: أقسام الأطباء في الفقه الإسلامي: ذكر ابن القيم أنّ أقسام الأطباء خمسة⁵:

-أحدها: طبيب حاذق أعطى الصنعة حقّها ولم تجن يده، فتولّد من فعله المآذون فيه من جهة الشّارع، ومن جهة من يطبّه تَلَفُ العضو أو النَّفس، أو ذهاب صفة، فهذا لا ضمان عليه اتّفاقاً.

¹ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، (1418هـ-1997م)، ص154.

² محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتحميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1993م، ص113.

³ وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 1993م، ص28.

⁴ زهرة بن عبد القادر وفغرو رابح، الخطأ الطبي بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد02-العدد08، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جوان 2017، ص653.

⁵ ابن قيم الجوزية، شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطب النبوي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دط، ص109-111.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-القسم الثاني: متطبّب جاهل باشرت يده من يبطه، فتلف به، فهذا إن علم المجتبي عليه أنّه جاهل لا علم له، وأذن له في طبّه لم يضمن، ولا تخالف هذه الصّورة ظاهر الحديث، فإنّ السّياق وقوّة الكلام يدلّ على أنّه غرّ العليل، وأوهمه أنّه طبيب، وليس كذلك، وإن ظنّ المريض أنّه طبيب، وأذن له في طبّه لإجل معرفته، ضمن الطّبيب ما جنت يده، وكذلك إن وصف له دواء يستعمله، والعليل يظنّ أنّه وصفه لمعرفته وحذقه فتلف به، ضمنه.

-القسم الثالث: طبّيب حاذق، أذن له، وأعطى الصّنعَة حقّها، لكنّه أخطأت يده، وتعدّدت إلى عضو صحيح فأتلفه، مثل: أن سبقت يد الخاتن إلى الكمره، فهذا يضمن، لأنّها جناية خطأ، ثمّ إن كانت الثلث فما زاد، فهو على عاقلته، فإن لم تكن عاقلة، فهل تكون الدّية في ماله، أو في بيت المال؟ على قولين، هما روايتان عن أحمد، وقيل: إن كان الطّبيب ذميّاً، ففي ماله، وإن كان مسلماً، ففيه الرّوايتان، فإن لم يكن بيت مال، أو تعدّر تحميلة، فهل تسقط الدّية، أو تجب في مال الجاني؟ فيه وجهان، أشهرهما: سقوطها.

-القسم الرابع: الطّبيب الحاذق الماهر بصناعته، اجتهد فوصف للمريض دواء، فأخطأ في اجتهاده، فقّته، فهذا يُجرّح على روايتين: إحداهما: أنّ دية المريض في بيت المال، والثّانية: أنّها على عاقلة الطّبيب، وقد نصّ عليهما الإمام أحمد في خطأ الإمام والحاكم.

-القسم الخامس: طبّيب حاذق، أعطى الصّنعَة حقّها، فقطع سلعةً من رجلٍ أو صبيٍّ، أو مجنون بغير إذنه، أو إذن وليّه، أو ختن صبيّاً بغير إذن وليّه فتلف، فقال أصحابنا: يضمن، لأنّه تولّد من فعل غير مأذون فيه، وإن أذن له البالغ، أو وليّ الصّبيّ والمجنون، لم يضمن، ويحتمل ألا يضمن مطلقاً؛ لأنّه مُحسِنٌ، وما على المحسنين من سبيل، وأيضاً فإنّه إن كان متعدّياً، فلا أثر لإذن الوليِّ في إسقاط الضّمان، وإن لم يكن متعدّياً، فلا وجه لضمانه.

وهذه الأقسام كلّها ترجع في الحقيقة إلى ثلاثة أقسام، نتناولها بشيء من التفصيل:

-القسم الأول: الطّبيب الحاذق: ينبغي أن يكون ذا حذق في صناعته وله بصارة ومعرفة، لأنه إذا لم يكن كذلك لم يحلّ له مباشرة القطع، وإذا أقدم مع هذا، كان فعلاً محرماً، فيجب عليه الضّمان¹.

¹ ابن قدامة، المغني، ج06، ص120.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

فالطبيب الحاذق يُعطي كل إنسان من الدواء ما يحتمله مزاجه وسنّه، وما يوافق طبع بلده، والفصل الذي هو فيه¹، وهو الذي يحيط بالأصول الفنية لمهنته، وألا يجيد عن هذه الأصول، فهو الماهر الذي يملك خبرة ومعرفة بمهنة الطب تُمكنه من التعامل مع أبدان المرضى بأهلية واقتدار.

والطبيب الحاذق إذا أدّى بواجبه، ومارس مهنته بإتقان وأمانة وإخلاص تجاه مريضه، ولم يتعدّ أو يقصر أو يُفترط أو يتهاون، فلا ضمان عليه؛ شريطة أن يأذن له المريض أو وليّه بالعلاج والتطبيب²، ومن هنا، فإنّ الفقهاء مجمعون على عدم مسؤولية الطبيب إذا أدّى عمله إلى نتائج ضارّة بالمريض، فلا يترتب أي ضمان على الطبيب، لأنّ عمله من قبيل الواجب، والواجب لا يتقيد بشرط السلامة³، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء من الحنفية⁴، والمالكية⁵، والشافعية⁶، الحنابلة⁷، والظاهرية⁸؛ وهو عدم تضمين الأطباء ومن شابههم، إذا عُرف منهم حذق الصنعة، ولم تصدر منهم جناية أو تعدي أو تفريط في حقّ المريض.

-القسم الثاني: الطبيب الجاهل:

لقد أوجب الحنفية الحجر على الطبيب الجاهل، والحجر هنا هو المنع الحسي، أي يُمنع من مزاوله العمل ومتابعته، لأنّ هذا الحجر من قبيل الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والعلة

¹ الأسيوطي، شمس الدين، محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، طبع على نفقة محمد سرور الصبان، وزير مالية المملكة العربية السعودية، ط2، دت، ج02، ص586.

² البار، محمد علي، المسؤولية الطبية لأخلاقيات الطبيب، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، ط1، (1416هـ-1995م)، ص18-24.

³ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، (1405هـ-1985م)، ج01، ص520.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج16، ص11، وابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص94.

⁵ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص233، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص252.

⁶ النووي، روضة الطالبين، ج04، ص300، والماوردي، الحاوي الكبير، ج07، ص427.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج06، ص120، وابن مفلح، شمس الدين، أبو عبد الله محمد المقدسي، كتاب الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج07، ص176.

⁸ ابن حزم، المحلى بالآثار، ج08، ص196.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

في ذلك أنّ الطيب الجاهل يُفسد أبدان المسلمين ويُلحق الأذى بأجسادهم، كما أنّ المفتي الماجن يُفسد أديانهم، وفي الحجر على الطيب الجاهل دفع للضرر العام¹.

وللمتطبّب (الطيب الجاهل) حين يقوم بتطبيب المريض ثلاث حالات²:

- الحالة الأولى: أن يكون دعياً على علم الطبّ، ليس لديه معرفة بهذا العلم، ولم يسبق له أن مارس العلاج، وإنما خدع المريض وضلّله بادّعاء الانتساب لعلم الطبّ.

- الحالة الثانية: أن تكون عنده معرفة سطحية بعلم الطبّ لا ترشّحه لمزاولة مهنة الطبّ، كحال الطلبة الذين لم يُكملوا دراستهم النظرية والعلمية.

- الحالة الثالثة: أن يكون الطيب بارعا وماهرا في تخصّص من التخصّصات، لكنّه يتصدّى لممارسة الطبّ في مجال آخر غير مجال تخصّصه؟

ويُعتبر المتطبّب مسؤولاً في جميع هذه الحالات.

وبالنسبة لخطأ الطيب الجاهل؛ فقد أجمع الفقهاء على أنّ الطيب إذا كان جاهلاً في صنعته غير ذب حذق ومعرفة، فإنه يلزمه الضّمان بقدر ما أحدث من ضرر³.

والدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «من تطب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفساً فما دونها فهو ضامن»⁴.

'من تطبّ': أي: تكلف الطبّ، ولم يكن طبيياً، كما يدلّ له صيغة تفعل، وفي الحديث دليل على تضمين المتطبّب ما أتلغه من نفس فما دونها؛ سواء أصاب بالسّرية، أو المباشرة،

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج10، ص82، وابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، (1426هـ-2005م)، ص96.

² قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص186.

³ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص233، وابن قدامة، المغني، ج06، ص120، والطرابلسي، علاء الدين أبو الحسين، علي بن خليل الحنفي، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام، المطبعة الأميرية، ببلاق مصر، ط1، (1300هـ)، ص198، وابن جزري، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص552.

⁴ أخرجه أبو داود، كتاب: الدّيات، باب: فيمن تطبّ ولا يُعلم منه طبّ فأعنت، حديث رقم: 4586، سنن أبي داود، داود، ص828، وابن ماجه، كتاب: الطبّ، باب: من تطبّ ولم يُعلم منه طبّ، حديث رقم: 3466، سنن ابن ماجه، ج02، ص1148، والبيهقي، كتاب: القسامة، باب: ما جاء فيمن تطبّ بغير علم فأصاب نفساً فما دونها، حديث رقم: 16530، السنن الكبرى، ج08، ص242.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وسواء كان عمداً أو خطأ، وقد ادّعي على هذا الإجماع، وإذا أَعْنَتَ المتطَبِّبَ كان عليه الضرب والسَّجْنُ والذِّبْيَةُ في ماله؛ وقيل: على العاقلة¹.

-القسم الثالث: الطبيب المخطئ:

أجمع فقهاء الشريعة على أنّ الخطأ الذي يترتب عليه مسؤولية الطبيب هو الخطأ الخارج عن أصول مهنة الطب²، والشريعة الإسلامية حينما أوجبت الضمان على المخطئ؛ لم يكن هذا من قبيل إنزال العقوبة عليه³؛ لأن الضمان ليس تابعا للمخالفة وكسب العبد، بل شرع لتدارك المصلحة الفائتة أو جبرها، ومنع الناس من إتلاف بعضهم منافع بعض بدعوى الخطأ؛ فالأصل أنّ خطأ الطبيب كإلحاق الخطأ العام، ولكن لشرف مهنة الطب ومنزلتها وأهميتها، ولئلا يمتنع الأطباء عن معالجة الناس، ولذلك فإنّ استثناء خطأ الطبيب من الخطأ العام وإعفاءه من المسؤولية احتمال وارد⁴، فهل يُعتبر خطأ الطبيب موجبا لمسؤوليته؟

اتَّفَقَ فقهاء المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، على أنّ خطأ

الطبيب موجبا لمسؤوليته، وإليك بعضُ نصوصهم الفقهية:

1- مذهب الحنفية:

جاء في الهداية⁵: "وإذا فصد الفصاد أو بزغ البزغ، ولم يتجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك، وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة بدانق فنفتت، أو حجّام حجم عبداً بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه، وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان⁶، ووجه أنه لا

¹ الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، (1427هـ-2006م)، ج04، ص55.

² البار، محمد علي، المسؤولية الطبية لأخلاقيات الطبيب، ص120.

³ ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر، بيروت، دط، 1397هـ، ج02، ص152.

⁴ قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، ص157.

⁵ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج06، ص315.

⁶ قوله: 'نوع بيان'؛ لأنّ رواية 'المختصر' ناطقة بعدم التجاوز، ساكنة عن الإذن، ورواية 'الجمع الصغير' ناطقة بالإذن ساكنة عن التجاوز، فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير، وما نطق به رواية الجامع الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر؛ فيستفاد لمجموع الروايتين: اشتراط عدم التجاوز والإذن لعدم وجوب الضمان.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يمكنه التحرز عن السراية¹، لأنه يبتنى على قوة الطبايع وضعفها في تحمل الألم؛ فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل".

وجاء في كتاب 'ردّ المحتار على الدرّ المختار'²: "ولا ضمان على حجّام وبزّاغ (أي بيطار) وفصّاد لم يتجاوز الموضوع المعتاد؛ فإن جاوز ضمن الزيادة كلها إذا لم يهلك (المخني عليه)، وإن هلك ضمن نصف دية النفس (لتلفها بمأذون فيه وغير مأذون فيه؛ فينتصف)".

وجاء في الفتاوى الهندية³: "ولا يضمن الحجّام أو الفصّاد أو البزّاغ أو الحتّان؛ إذا حجم أو فصد أو بزغ أو ختن بإذن صاحبه فسرى إلى النفس ومات؛ لم يضمن، ولو أنّ ختّانا ختن صبباً بأمر والده فجرت الحديدة فقطعت الحشفة فمات الصبيّ فعلى عاقلة الحتّان نصف الدية، وإن عاش الصبيّ فعلى عاقلة الحتّان كمال الدية".

2- مذهب المالكية: جاء في بداية المجتهد⁴: "وأصل مذهب مالك أن الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع إذا عمله في حانوته، وإن كان صاحبه قاعداً معه، إلا فيما كان فيه تعرير من الأعمال، مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عن الفرن، والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار إلا أن يُعلم أنه تعدى فيضمن حينئذ، وأما الطبيب وما أشبهه إذا أخطأ في فعله، وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس، والدية على العاقلة فيما فوق الثلث، وفي ماله فيما دون الثلث، وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية، قيل: في ماله، وقيل: على العاقلة".

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير⁵: "وكذا الحتّان والطبيب فلا ضمان إلا بالتفريط، فإذا ختن الحتّان صبباً أو سقى الطبيب المريض دواءً أو قطع له شيئاً أو كواه؛ فمات

¹ السراية: امتداد أثر الجرح من العضو إلى النفس، ومن أمثلته سراية الجرح إلى النفس تجعل الجاني قاتلاً، ينظر: الحاوي الكبير، ج12، ص200، 201.

² ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، ج09، ص94.

³ نظام الدين البرتهابوري البلخي وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2000م)، ج06، ص41.

⁴ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص233، والدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص252.

⁵ الدسوقي، حاشية الدسوقي، ج04، ص28.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

من ذلك فلا ضمان على واحد منهما لا في ماله ولا على عاقلته؛ لأنه مما فيه تغرير؛ فكأن صاحبه هو الذي عرّضه لما أصابه، وهذا إذا كان الخاتن أو الطيب من أهل المعرفة ولم يخطئ في فعله، فإذا كان قد أخطأ في فعله والحال أنه من أهل المعرفة فالدية على عاقلته، فإذا لم يكن من أهل المعرفة عوقب، وفي كون الدية على عاقلته أو في ماله؛ قولان: الأول لابن القاسم، والثاني لمالك، وهو الراجح؛ لأن "فعله عمدٌ، والعاقل لا تحمل عمداً".

3- مذهب الشافعية: جاء في كتاب **الحاوي الكبير**¹: "الحجام يحجم أو يختن؛ فإن ظهرت منه جناية عن عمد أو خطأ فهو ضامن لما حدث بجنايته، وإن لم تظهر منه جناية، فإن حجم أو ختن حراً فلا ضمان عليه، سواء كان الحجام منفرداً أو مشتركاً؛ لأنّ الحرّ في يد نفسه وليست عليه يد".

4- مذهب الحنابلة: وجاء في كتاب **المغني**²: "فأما إن كان حاذقاً وجنت يده، مثل أن يتجاوز قطع الختان إلى الحشفة أو إلى بعضها أو قطع في غير محلّ القطع، أو يقطع السلعة من إنسان فيتجاوزها، أو يقطع بألة كآلة يكتر ألمها أو في وقت لا يصلح القطع فيه وأشباه هذا ضمن فيه كله؛ لأنه إتلاف لا يختلف ضمانه بالعمد والخطأ؛ فأشبهه إتلاف المال، ولأنّ هذا فعل محرّم فيضمن سرايته، كالقطع ابتداءً، وإن ختن صبياً بغير إذن وليه أو قطع سلعة من إنسان بغير إذنه، أو من صبّي بغير إذن وليّه فسرتّ جنايته ضم؛ لأنه قطع غير مأذون فيه".

ومن خلال النصوص الفقهية التي مرّت معنا يتبيّن أنّ فقهاء المذاهب قد اتفقوا على أن الطيب الذي يجري جراحة للمريض أو يعطيه دواءً ثم يترتب على ذلك ضرراً للمريض، فلا ضمان عليه إذا توافرت فيه الشروط الآتية³:

- أن يكون الطيب ذا خبرة في فنه وحذق في صناعته وبالتعبير المصطلح عليه أن يكون جراحاً أو أخصائياً في الجراحة أو كما يقال أن يكون طبيباً ماهراً في عمله، أما إذا لم يكن طبيباً أصلاً أو كان طبيباً جاهلاً، أو كان غير مختص في العمل الذي يباشره فإنه يضمن بمجرد الفعل؛ بل ويعاقب على ذلك؛ لتعديده، ولارتكابه محرماً شرعاً، ولو لم يقع منه خطأ في العمل.

¹ الماوردي، الحاوي الكبير، ج07، ص427.

² ابن قدامة، المغني، ج06، ص120.

³ أعلام المفتين، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، دط، (1400هـ-)

1980م)، المجلد السابع، ص2414، 2415.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

- أن يكون مأذوناً من المريض أو ممن له ولاية عليه، إلا أنه متى كانت الجراحة لازمة أو بوجه عام إذا كان إسعاف المريض لازماً وعلى وجه السرعة وكان الطبيب حاذقاً، تكون الحالة مأذوناً فيها بالإذن العام، كالإمام يقطع يد السارق، ويعتبر فعله مباحاً ومأذوناً فيه لا يضمن ما يترتب عليه من السراية، فكذا هذا.

- ألا يقع من الطبيب خطأ فني أو مهني، ولا إهمال في الاحتياط اللازم لنجاح العملية الجراحية، وتلافي المضاعفات التي يحتمل حدوثها في مثل حالة المريض وحالة الجراحة.

- ألا يجاوز الطبيب الموضع المعتاد للجراحة إلى غيره، ولا القدر المحدد لها إلى ما هو أكثر منه.

فإذا توفرت هذه الشروط في الطبيب؛ فإنه لا يضمن باتفاق الفقهاء؛ لأن ذلك فوق طاقته وخارجاً عن إرادته، أما إذا تخلف شرط منها؛ بأن كان غير عالم بفنّه، أو أجرى الجراحة دون إذن خاص أو عام، أو حصل منه خطأ فني في عمله نتج عنه الضرر، أو جاوز المكان المعتاد، أو تعدّى القدر المعتاد، أو أهمل أو قصر في الاحتياط؛ كأن استعمل آلة غير صالحة، أو عمل في وقت غير صالح، أو كانت حالة المريض غير ملائمة للجراحة؛ فإنه يضمن الأضرار الناجمة عن عمله، وهذا الذي قرره الفقهاء من مئات السنين، عجزت القوانين والتشريعات الحديثة أن تصل إليه إلا بعد اصطدامها بالواقع، ومتى كان الضمان واجباً على الطبيب وحكم به فإنه يحل أخذه شرعاً لمن وجب له¹، والدية في قول عامة الفقهاء تكون على عاقلة الطبيب.

وخلاصة القول: أن المتطبب إذا كان جاهلاً بأصول وقواعد مهنة الطب وأبجدياتها، أو كان طبيباً غير متخصص في المجال الذي يعالج فيه المرضى، أو كان مبتدئاً لا يزال في مرحلة الدراسة؛ فهو ضامن بمجرد الفعل؛ بل يُعاقب على تعدّيه، أما إذا كان عالماً بالطب أو متخصصاً، ولكنه قد أخطأ بتجاوز الموضع المعتاد أو لم يحصل على إذن من المريض، وترتب

¹ الفتاوى الإسلامية، المجلد السابع، ص2412، وجاء في تلك الفتوى أنه: (بالطلب المقيد برقم 311 لسنة 1962 المتضمن أنه في عام 1949 كان مريضاً بالمسالك البولية، ودخل مستشفى الأمريكيان بطنطا للعلاج وتقرر له إجراء عملية جراحية، ثم عاوده المرض مرة أخرى، فأجريت له عملية تحويل البول من مجراه الطبيعي (القبل) إلى مجرى البراز (الدبر) دون استشارته ودون إذنه، ولم تحصل منه المستشفى على إقرار كتابي بموافقة على إجراء هذه العملية، وبعد إجراء العملية تبين له حصول ضرر شرعي حدث له بسببه حيث فقد الناحية الجنسية، وطلب السائل بيان الحكم الشرعي فيما لو تقدم بدعوى تعويض ضد المستشفى عما أصابه من أضرار جسيمة، وحكم له بالتعويض، فهل يكون مبلغ التعويض الذي يحكم له به حلالاً شرعاً أم حراماً؟).

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

على خطئه هذا تلف بالنفس أو بالأعضاء فإنه يكون ضامناً دية النفس أو الطرف وتكون على العاقلة.

المهم أن يقع الخطأ من الطبيب، ويتحقق الضرر في جانب المريض، وأن تكون هناك علاقة بين خطأ الطبيب وتضرر المريض.

ومما تجدر الإشارة إليه أنّ التزام الطبيب بالتزام يبذل عناية؛ فلا يجوز مشاركة الطبيب على البرء أصلاً؛ لأن الشفاء بيد الله لا بيد أحد، وإنما الطبيب معالج ومُوقو للطبيعة بما يُقابل الداء، ولا يعرف كمية قوة الدواء من كمية قوة المرض، فالشفاء لا يقدر عليه إلا الله عَلَيْهِ¹.

ويُلحق بالطبيب: البيطار والحجام والخاتن، وحكمهم جميعاً حكم الطبيب من حيث المسؤولية، ويُشترط في عملهم ما يُشترك في عمل الطبيب؛ فيحب في الختان مثلاً: أن يكون الفاعل خاتناً، وأن يأتي الفعل بحسن نية وبقصد الختان، وأن يعمل طبقاً للأصول الفنية، وأن يأذن له المختون، أو من يقوم مقامه؛ كالولي².

الفرع الثاني-مسؤولية الطبيب العقدية في القانون الجزائري:

إنّ المسؤولية العقدية في نظر الأستاذ السنهوري هي: "جزاء العقد"، وعرفها في موضع آخر؛ في معرض حديثه عن الفرق بينها وبين المسؤولية التقصيرية بقوله: "المسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي"³.

يتحقق الخطأ العقدي بصفة عامة متى ما وُجد عقد صحيح بين طرفين أو أكثر، أحلّ أحد أطراف العلاقة التعاقدية ببودها أو بالالتزامات الناشئة عنها، والعقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه⁴.

فالعلاقة القائمة بين الطبيب والمريض تستلزم وجود عقد صحيح، سواء كان صريحاً أو ضمناً، وهو عقد العلاج أو العقد الطبي، وبمقتضى هذا العقد يلتزم الطبيب أن يُقدّم للمريض علاجاً مناسباً يتفق مع الأصول والقواعد العلمية المستقرّة¹.

¹ ابن حزم ، المحلى بالآثار، ج 08، ص196.

² عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، ج01، ص523، 524.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، ص653، 752.

⁴ عبد المنعم فرج الصدّة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، مصر، دط، 1982م، ص321.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهاته الالتزامات التي تفرضها مهنة الطبّ على الطبيب تجاه مرضاه هي التزام ببذل عناية وليست لتحقيق غاية، أو ضمان الشفاء والسلامة للمريض، وإنما الواجب على الطبيب هو بذل الجهد اللازم والعناية الواجبة في علاج المريض وفقاً لأصول صنعة الطب²، فاعتبار الطبيب مسؤولاً عن عدم نجاحه في العلاج يُخرجنا عن دائرة الإنسانية؛ لأنّ الطبيب مهما أوتي من علم ومعرفة فلا يستطيع منع المرض من التطور ولا تحقيق البرء ولا دفع الموت عن مريضه، ففوق ذلك كلّ لا يعني إخلال الطبيب بالتزامه³.

ومّا ينبغي الإشارة إليه أنّ غالبية الفقه الحديث يرى أنّ المسؤولية المدنية عن الخطأ الطبي كأصل عام هي مسؤولية عقدية كلّما تصدّى الطبيب لعلاج مريض بناء على موافقته، فالمسؤولية هنا عقدية لا تقصيرية، مادام تربطهم عقود مع عملائهم في تقديم خدماتهم⁴. وحتى تقوم المسؤولية التعاقدية في حقّ الطبيب لا بدّ من توافر أركانها، وهي الخطأ العقدي من جانب الطبيب، والضرر الواقع على المريض، وأن يكون هذا الخطأ هو السبب في هذا الضرر (العلاقة السببية).

—أولاً: الخطأ المهني أو الطبي: هو عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنته، لأنّ كل من يباشر مهنة تتطلب دراية خاصة، يكون ملزماً بالإحاطة بالأصول العلمية التي تؤهله لمباشرتها، ويعتبر مخطئاً ومقصراً إن كان عاجزاً عنها⁵.

بالرجوع إلى النصوص القانونية المنظمة لمهنة الطبّ نجد أنّ المشرع الجزائري لم يتطرّق لمفهوم الخطأ في نطاق الأعمال الطبية، تاركاً الأمر للفقه والقضاء لتحديد ماهية الأخطاء التي

¹ بن الصغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظلّ قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015م، ص321.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج01، ص661.

³ عبد السلام التونسي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، بيروت، لبنان، دط، دت، ص331، 332.

⁴ فودة عبد الحكيم، التعويض المدني (المسؤولية المدنية: التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دط، دت، ص132.

⁵ حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص118.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

تستوجب المسؤولية المدنية الطبية، وعليه فهناك تعريفات كثيرة للخطأ الطبي، فقد عرّفه الفقيه 'بلانيول' بقوله: " إنّ الخطأ هو الإخلال بواجب سابق"¹.

ومنهم من عرّف الخطأ الطبي بأنه: " عدم قيام الطبيب بالالتزامات الخاصة التي تفرضها عليه مهنة الطبّ، أو هو كل تقصير في مسلك الطبيب، وحيث إنّ الالتزام الذي يقع على عاتق الطبيب من حيث المبدأ هو التزام ببذل عناية؛ فإنّ مضمون هذا الالتزام هو بذل الجهود الصادقة واليقظة التي تتفق مع الأصول العلمية الثابتة، والظروف القائمة من أجل شفاء المريض وتحسين حالته الصحية، وكل إخلال بهذا الالتزام يُشكّل خطأ طبيًا يستلزم مسؤولية الطبيب"².

ومن خلال النظر في نصوص المواد 172 إلى 175 من القانون المدني الجزائري يتبيّن لنا أنّ المشرع الجزائري جعل الخطأ ركنا ي قيام المسؤولية العقدية³، وقد نصّت المادة 353 من القانون المتعلق بالصحة على ما يلي: "يؤدي كل خطأ أو غلط طبي مثبت بعد خبرة، من شأنه أن يُقحم مسؤولية المؤسسة و/أو الممارس الطبيّ أو مهني الصحة، يرتكب خلال ممارسة مهامهم أو بمناسبةها والذي يمس السلامة الجسدية أو الصحية للمريض، ويُسبب عجزا دائما ويُعرّض الحياة للخطر أو يتسبّب في وفاة شخص، إلى تطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما"⁴، فالمشرّع الجزائري جعل الطبيب مسؤولا عن أي خطأ يصدر منه أثناء ممارسة مهنته، إذا ألحق هذا الخطأ ضررا بالمريض يمس بسلامته الجسدية أو الصحية.

والطبيب يُسأل حتّى ولو كان الخطأ يسيرا أو تافها، ومعيار تحديد الخطأ هو معيار الشخص العادي في نفس المهنة، ومسألة تقدير ثبوت الخطأ من عدمه مسألة موضوعية لا يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا، أمّا توصيف الفعل أو التّرك بأنه خطأ يُعدّ مسألة

¹ محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2007م، ص147.

² عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، ط7، 2002م، ص1412.

³ المادة 172: "في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على شيء، أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزام فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، و لو لم يتحقق الغرض المقصود، وهذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك، وفي كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشّه أو خطئه الجسيم"، يُنظر: نصوص المواد الأخرى في الأمر 75-58، والمتضمن القانون المدني.

⁴ القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، مؤرخة في 29 يوليو 2018.

قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا¹.

-ثانياً: الضرر الطبي العقدي

وجود الخطأ وحده غير كافٍ لتحميل الطبيب المسؤولية وثبوتها في حقه، بل يجب حصول ضرر للمريض نتيجة الخطأ، وإذا كان وقوع الضرر في حق المريض غير ناتج عن خطأ الطبيب أو إهماله فإن مسؤولية الطبيب منتفية.

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف الضرر الطبي؛ لا في القانون المتعلق بالصحة²، ولا في مدونة أخلاقيات الطب³.

ويمكن تعريف الضرر بصفة عامة بأنه: كلّ أذى يلحق الإنسان في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه⁴، أو هو ما يصيب الشخص في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له وهو الذي يلحق بالمضروب نتيجة خطأ الغير⁵.

وقد يكون الضرر مادياً يصيب الشخص في جسمه أو في ماله، أو في قابليته أو قدرته على كسب المال، ويتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو مصلحة، سواء كان الحقّ مالياً أو غير مالي⁶، كما قد يكون الضرر أدياً يصيب الجانب الاجتماعي للذمة المعنوية أو الأدبية، أو يُصيب المريض في شعوره أو عاطفته أو كرامته أو شرفه أو سمعته⁷.

-ثالثاً: علاقة السببية بين الخطأ والضرر

الخطأ الواقع من قبل الطبيب غير كافٍ وحده لتحقيق مسؤولية الطبيب، والضرر الذي يلحق المريض أيضاً لا يكفي وحده لقيام المسؤولية، بل لا بدّ من وجود رابطة مباشرة بين الخطأ

¹ قمرأوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012/2013، ص93.

² القانون رقم 18-11، سبق ذكره.

³ المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، مؤرخة في 08 يوليو 1992م.

⁴ حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص184.

⁵ جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، دط، 1975م، ص44.

⁶ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دط، 1997م، ج02، ص145.

⁷ مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1992م، ص44.

الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والضرر، أي أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ، فقد يقع الخطأ من الطبيب؛ دون أن يكون هو السبب في الضرر؛ كما لو أهمل الطبيب تعقيم آلاته أثناء القيام بتضميد جرح المريض، ثم مات المريض بأزمة قلبية لا علاقة لها بخطأ الطبيب¹.

ولكي تقوم المسؤولية العقدية في حق الطبيب يلزم أن يكون الخطأ هو السبب المباشر والمنتج، بخلاف المسؤولية التقصيرية التي تتطلب ترتب الضرر على الخطأ، فإذا كان السبب الذي أحدث الضرر أجنبياً انعدمت العلاقة السببية، وانتفت المسؤولية العقدية، وقد أخذ القضاء الجزائري بمبدأ السبب المنتج أو الفعال².

وإذا وقع الخطأ من المريض، وساهم خطؤه مع خطأ الطبيب في إحداث الضرر، وهو ما يسمى بالخطأ المشترك؛ كأن يحصل التهاون والإهمال من طرف الطبيب والمريض، فلا يسأل الطبيب عن تعويض الضرر كله؛ بل ينقص منه ما يقابل خطأ الدائن، ويراعى القاضي في تحديد مقدار ما ينقص من التعويض درجة جسامة كل من الخطأين، وله السلطة التقديرية في ذلك³، وهذا ما نصت عليه المادة 177 من التقنين المدني الجزائري بقولها: "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو لا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه"⁴.

أما إذا استغرق أحد الخطأين الآخر، فإن الخطأ المستغرق لا يكون له أثر، وهذا الاستغراق له صورتين⁵:

- الحالة الأولى: إذا كان فاق أحد الخطأين الآخر جسامة؛ كما لو تعمد المريض إلحاق الأذى بنفسه؛ فإن المسؤولية تقع عليه وحده، حتى ولو تضمن فعل الطبيب الخطأ.

¹ حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص 184.

² عزوز كاهنة وسعد الله كريمة، المسؤولية العقدية للطبيب، مذكرة ماستر في القانون، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، ص 61.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، ص 882، 883، وحسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص 204.

⁴ الأمر 58-75، والمتضمن القانون المدني، سبق ذكره.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 01، ص 903، 904، وحسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص 208.

-الحالة الثانية: إذا كان أحد الخطأين هو نتيجة الخطأ الآخر؛ كما لو ارتكب المريض خطأ في علاج نفسه، وكان ذلك بناء على نصيحة خاطئة من الطبيب؛ أي أنّ هناك سببان متواليان تعانقا في إحداث الضرر: المشورة الخاطئة من الطبيب، وتنفيذها من طرف المريض؛ فإن استشارة الطبيب تستغرق تنفيذ المريض؛ لأن الخطأ الثاني ما هو إلا نتيجة للخطأ الأول، فيكون الطبيب مسؤولاً مسؤولية كاملة عن التعويض.

وعند تحقق أركان المسؤولية فإنّ الطبيب -وهو المدين- يعرض الدائن -وهو المريض- عن كلّ ضرر أصابه بسبب خطأ الطبيب، سواء كانت هذه الأضرار مادية أو أدبية، والتعويض في المسؤولية العقدية لا يكون إلا عن الضرر المتوقع، وفي المسؤوليتين العقدية والتقصيرية لا يكون إلا عن الضرر المباشر فقط، ويكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع في المسؤولية التقصيرية، فإذا لم يكن هناك ضرر فلا مسؤولية؛ لأنه لا دعوى بغير مصلحة، والتعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، فإذا فشل الطبيب في علاج المريض وتسبب في حدوث ضرر له، فإنّه يُسأل عما سببه للمريض من خسائر مالية؛ كمصاريف العلاج وأجر المستشفى وثمان الدواء، وما فات المريض من كسب بسبب انقطاعه عن عمله، وقد يُؤخذ على ما سببه له من آلام جسيمة أثناء العلاج المترتب على خطئه¹.

وبالنسبة لعبء الإثبات؛ فإنّ الأصل في التزام الطبيب تجاه المريض هو التزام ببذل عناية، وأما التزامه بتحقيق غاية؛ فهو استثناء فقط، وإثبات الخطأ الطيّ وحده لا يكفي لقيام مسؤولية الطبيب، دون إثبات الضرر وإثبات العلاقة السببية بين الخطأ الصادر من الطبيب وبين الضرر الواقع على المريض، وعلى المريض أن يثبت أنّ الطبيب لم يقم ببذل العناية، وذلك بإثبات إهمال الطبيب وانحرافه عن أصول مهنته، كما يجب عليه إثبات الضرر للحكم له بالتعويض²، ما لم يثّم الطيّ بإحضار البرهان على أنه بذل العناية اللازمة في تنفيذ التزامه، أو أثبت وجود السبب الأجنبي؛ كالقوة القاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور³.

¹ حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، ص184.

² أحمد حسن الحيارى، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دط، 2008م، ص112.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1988/05/25، ملف رقم 53010، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1992، العدد 02، ص 11.

الفرع الثالث-المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مسؤولية الطبيب
العقدية:

من خلال ما مرّ معنا من بيانٍ لمسؤولية الطبيب في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري،
يمكن أن نستخلص بعض النتائج:

1- ممارسة مهنة الطب في الشريعة الإسلامية تُعدّ من الفروض الكفائية؛ فهي واجبة في حقّ
مجموع أفراد الأمة الإسلامية، بينما في التشريعات الوضعية الحديثة تُعتبر حقّاً، كغيرها من المهن
الأخرى؛ فنظرة الشريعة الإسلامية لمهنة الطبّ أفضل وأكثر انسجاماً مع الروابط الاجتماعية
القائمة على التعاون والتكاتف.

2- في الفقه الإسلامي رأينا أنّ الطبيب الحاذق إذا أدّى بواجبه، ومارس مهنته بإتقان وأمانة
وإخلاص تجاه مريضه، ولم يتعدّ أو يقصر أو يُفترط أو يتهاون، فلا ضمان عليه؛ شريطة أن
يأذن له المريض أو وليّه بالعلاج والتطبيب، فهناك إجماع في الفقه على عدم مسؤولية الطبيب
إذا أدّى عمله إلى نتائج ضارّة بالمريض، فلا يترتب عليه أي ضمان، ونفس الأمر بالنسبة لأهل
القانون؛ فالطبيب مطالب ببذل جهده وعنايته وتحري اليقظة التي تتوافق مع الأصول العلمية
لمهنة الطبّ، فمتى بذل الطبيب هذا القدر من الجهد والعناية برئت ذمته ولو لم يُشَفَّ المريض.
3- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تضمين الطبيب إذا صدر منه الخطأ، ونتج عن
خطئه هذا ضررٌ بالمريض، غير أنّهما يختلفان في أسس تقدير هذا الضمان، ففي الفقه
الإسلامي هناك ضبط للدية بصفة دقيقة، في النفس وفي الأعضاء، بينما أساس التقدير في
القانون الجزائري يعتمد على ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب، وهذا تقدير جزائي
غير مضبوط، وهو متروك لسلطة القاضي التقديرية.

4- هناك اتفاق في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أن التزام الطبيب هو التزام ببذل عناية
لا بتحقيق غاية، فما على الطبيب إلا أن يبذل العناية المطلوبة منه ولا يطالب بتحقيق نتيجة
معينة، إلا أنّ التزامه بتحقيق غاية في القانون؛ يكون استثناء عن الأصل.

الفصل الثالث

أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: مفهوم الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة وضمأن مالها في

الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

مفهوم الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: أركان الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثالث: أنواع الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأول- تعريف الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- تعريف الشركات في الفقه الإسلامي:

يتم التطرق في هذا الفرع لتعريف الشركة في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، ثم بيان أدلة مشروعية الشركة من الكتاب الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع، كما سيأتي:
أولاً-تعريف الشركة في اللغة:

الشَّرْكَ والشُّرْكَة والشُّرْكَة بمعنى واحد؛ وهو مخالطة الشريكين، والمعروف أن كلا اللفظين فيهما ثلاث لغات؛ حكاهما غير واحد من أهل اللغة: شَرِكٌ وشَرِكَةٌ، وشَرِكٌ وشَرِكَةٌ، وشَرِكٌ وشَرِكَةٌ¹.

والشُّرْكَة والمشاركة: خلطُ الملّكين، يُقال: شَرِكْتُهُ وشَارِكْتُهُ، وتشارَكوا واشتَرَكوا، وأشركته في كذا، قال تعالى: ﴿وَأَشْرِكُوا فِي أَمْرِي﴾ طه: 32، وجمع الشريك: شركاء².
والشُّرْكَةُ: أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما³.

والحاصل أن معنى الشركة في اللغة يدور على التعدد الذي يُقيد الاختلاط والاشتراك في شيء ما بين اثنين فصاعداً⁴.

وقد ذُكر للشركة معنى آخر غير الخلط والاختلاط؛ وهو إطلاقها على عقد الشركة نفسه مجازاً، وإن لم يوجد اختلاط النصيبين؛ لأنّ العقد سبب له⁵.

ثانياً- تعريف الشركة في الاصطلاح:

عرّف الفقهاء الشركة بمعناها العام بتعريفات متنوعة، بعضها شامل لجميع أنواع الشركات، وبعضها غير مستوعب لجميع أنواعها، وقد جاءت تعريفاتهم على النحو التالي:

¹ الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج27، ص223.

² الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، ج03، ص313.

³ ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج03، ص265.

⁴ رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، دار الرشيد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط3، (1401هـ-1981م)، ص13، 14.

⁵ الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص312.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أ- عرّفها بعض الحنفية بقولهم: " الشركة: الخلطة وثبوت الحصة"¹، أو هي: " عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا؛ بحيث لا يُعرف أحد النصيبين من الآخر"²، وقيل: "هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والرّبح"³.

ب- أمّا المالكية فقد عرّفوها بأنّها: " إذن في التصرّف لهما مع أنفسهما"⁴، أي: أن يأذن كل واحد منهما أو منهم للآخر في أن يتصرّف في مجموع من مالهما أو ببدنهما أو على ذمهما، وما ينشأ عن تصرّفهما من الرّبح لهما والحُسْر عليهما"⁵.

وجاء في مواهب الجليل: الشركة هي ما يحدث بالاختيار بين اثنين فصاعدا من الاختلاط لتحصيل الرّبح، وقد يحصلُ بغير قصد كالإرث"⁶.

ج- يُعرّف الشافعية الشركة بأنّها: " ثبوت الحقّ في شيء لاثنين فأكثر على جهة الشّيوع"⁷، أو " ثبوت الحقّ شائعا في شيء واحد، أو عقدٌ يقتضي ذلك"⁸.

د- وعند الحنابلة هي: " الاجتماع في استحقاق أو تصرّف"⁹.

ومن المعاصرين من عرّف الشركة بأنّها: " عقد بين اثنين فأكثر على الاشتراك في المال وربحه، أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال"¹⁰.

¹ الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الفكر العربي، دط، دت، ج03، ص11.

² الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص312.

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج06، ص466.

⁴ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص348، والآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص173.

⁵ الآبي الأزهرى، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص173.

⁶ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج07، ص64.

⁷ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص274.

⁸ الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج05، ص03.

⁹ ابن قدامة، المغني، ج05، ص109، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج08، ص476.

¹⁰ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، (1430هـ-2009م)، ص26.

ثالثاً-مناقشة التعريفات:

تعريفات الفقهاء المتقدمة يُشعر ظاهرها أنّها شاملة لجميع أنواع الشركة، إلا أنّ عند التأمل فيها نجدّها قاصرة في إبرازها لمقصود الشركة والتصور العام لمعناها؛ ذلك أنّ **الحنابلة** في تعريفهم قد أشاروا إلى شركة العقد بما يترتّب على العقد من جواز تصرّف الشركاء، دون التعرّض للكيفية التي تنشأ بها هذه الشركة، وكذلك قصر **الشافعية** أثر العقد على ثبوت الحق في الأصل دون التصرّف والاستثمار والاسترباح، كما جعلوا شركة الملك أصلاً وشركة العقد مبنية عليها¹.

كما أنّ تعريف **الحنفية** يشمل شركة الملك؛ أي اختصاص شخصين فأكثر بشيء واحد، وشركة العقد؛ أي الاشتراك بالإيجاب والقبول بين اثنين فصاعداً في الأصل والرّبح، أمّا شركة الإباحة؛ أي اشتراك جميع الناس في الانتفاع من الأموال المباحة، كالماء والنار والكأ؛ فلم يذكرها **الحنفية** في أقسام الشركة².

وبالنسبة لتعريف **الحنابلة** فهو شامل لجميع أنواع الشركات؛ إذ أنّ الاجتماع في استحقاق يشمل استحقاق العين بالإرث أو الشراء أو الهبة أو الغنيمة أو الوصية أو نحو ذلك، ولا فرق بين أن يملك الشركاء العين والمنفعة، أو العين دون منفعتها، أو منفعتها دون عينها، وأمّا الاجتماع في تصرف فهو يشمل شركات العقود جميعها سواء أكانت شركات أموال أو أعمال أو وجوه أو أموال وأعمال معا كشركة المضاربة³.

وتعريف **المالكية** خاص بشركة العقد ولا يشمل شركة الإباحة ولا شركة الملك؛ لعدم ضرورة الإذن في التصرف فيهما، وتعريف **الشافعية** أعمّ من تعريف **الحنفية** و**المالكية**، لأنه يشمل شركة الملك وشركة العقد، وكذلك شركة الإباحة، إلا إذا أريد من ثبوت الحقّ التمليك؛ فتخرج شركة الإباحة؛ لأنها انتفاع جميع الناس قبل الحياة، لا ملكية لأحد فيها⁴.

¹ رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص16.

² محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، مكتبة ابن كثير، الكويت، ط1، (1417هـ-1996م)، ص12.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية القانون والوضعي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط4، (1414هـ-1994م)، ج01، ص33.

⁴ محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، ص13.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والاجتماع في استحقاق عند الحنابلة يشمل شركة الإباحة وشركة الملك، والاجتماع في التصرف يتضمن شركة العقد بجميع أنواعها إلا شركة المضاربة؛ لأن التصرف في المضاربة لا يكون إلا للعامل؛ أي المضارب، ولا يشترك فيه رب المال¹.

والتعريف المختار من بين تعريفات فقهاء المذاهب هو تعريف الحنابلة الذين عرفوا الشركة بأنها: " الاجتماع في استحقاق أو تصرف؛ فهو شامل لجميع أنواع الشركة.

رابعاً- مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي:

يستدل لمشروعية عقد الشركة بالكتاب والسنة النبوية والإجماع:

أ- أدلة مشروعية الشركة من القرآن:

- قوله تعالى: ﴿ ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِّنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ شُرَكَاءَ فِي مَا رَزَقْتَكُمْ فَأَنْتُمْ فِيهِ سَوَاءٌ تَخَافُونَهُمْ كَخِيفَتِكُمْ أَنفُسَكُمْ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ ﴾ الروم: 28.

هذه الآية أصل في الشركة بين المخلوقين؛ لافتقار بعضهم إلى بعض ونفيها عن الله سبحانه، وذلك أن الله عز وجل لما قال: ﴿ ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَلْ لَكُمْ مِّنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ شُرَكَاءَ ﴾ الآية؛ فيجب أن يقولوا: ليس عبيدنا شركاءنا فيما رزقتنا، فيقال لهم: فكيف يُتصور أن تنزهوا أنفسكم عن مشاركة عبيدكم وتجعلوا عبيدي شركائي في خلقي؛ فهذا حكم فاسد وقلة نظر وعمى قلب، فإذا بطلت الشركة بين العبيد وساداتهم فيما يملكه السادة -والخلق كلهم عبيد لله تعالى- فيبطل أن يكون شيء من العالم شريكاً لله تعالى في شيء من أفعاله؛ فلم يبق إلا أنه واحد يستحيل أن يكون له شريك؛ إذ الشركة تقتضي المعاونة، ونحن مفتقرون إلى معاونة بعضنا بعضاً بالمال والعمل، والقديم الأزلي منزه عن ذلك².

- قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخَالِطَةِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ﴾ ص: 24.

¹ محمد عبد الله عتيبي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، ص13.

² القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج14، ص23،

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والخلطاء: هم الشركاء، يدلّ على أنّ العادة في أكثر الشركاء الظلم والبغي¹.

ب- أدلة مشروعية الشركة من السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تدلّ على مشروعية الشركة، نذكر منها:

1- الحديث القدسي: عن أبي هريرة رضي الله عنه، رفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم قال: إنّ الله تعالى يقول: " أنا

ثالث الشريكين، ما لم يخُنْ أحدهما صاحبه، فإذا خانته خرجت من بينهم"².

وهذا الحديث صححه الحاكم³ وأعله ابن القطان⁴ بجهالة بعض رواته وبالإرسال، وهذا

الراوي المجهول، ذكره ابن حبان⁵ في الثقات⁶.

¹ الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي الرازي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، (1412هـ-1992م)، ج05، ص255.

² أخرجه أبو داود، كتاب: البيوع، باب في الشركة، حديث رقم: 3383، سنن أبي داود، ص609، والبيهقي، كتاب: الشركة، باب: الأمانة في الشركة وترك الخيانة، حديث رقم: 11424، السنن الكبرى، ج06، ص130.

³ هو محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم، الإمام الحافظ، شيخ المحدثين، أبو عبد الله بن البيّح الصبيّ الطهماني النيسابوري، الشافعي، مولده في يوم الاثنين ثالث شهر ربيع الأول، سنة إحدى وعشرين وثلاثمائة بنيسابور، وكان من محور العلم على تشيع قليل فيه، أخذ فنون الحديث عن أبي علي الحافظ والجعابي، وأبي أحمد الحاكم والدارقطني، وقد شرع الحاكم في التصنيف سنة سبع وثلاثين، فاتفق له من التصانيف ما لعله يبلغ قريبا من ألف جزء؛ منها على سبيل المثال: الأربعون في الحديث، الإكليل في الحديث، تراجم الشيوخ، السياق في ذيل تاريخ نيسابور، فضائل العشرة المبشرة، توفي في نيسابور سنة 405هـ، يُنظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج17، ص162 وما بعدها.

⁴ هو علي بن محمد بن عبد الملك، أبو الحسن المالكي، المعروف بابن القطان، العلامة الحافظ الناقد، قاضي الجماعة، قال الألبار: كان من أبصر الناس بصناعة الحديث، وأحفظهم لأسماء رجاله، وأشدّهم عناية بالرواية، وله تصانيف، درّس وحدّث، قال ابن مسدي: كان معروفا بالحفظ والإتقان، ومن أئمة هذا الشأن، قال الذهبي: تعنّت في أحوال رجال فما أنصف، مكات وهو على قضاء سجلماسة في سنة 628هـ، يُنظر ترجمته: ابن عبد الهادي الدمشقي الصالحي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، طبقات علماء الحديث، تحقيق: أكرم البوشي وإبراهيم الزبيق، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، (1417هـ-1996م)، ج04، ص190، 191.

⁵ هو أبو حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبد بن سهيّد بن هدية بن مرة بن سعد بن يزيد بن مرة بن زيد بن عبد الله بن دارم بن حنظلة بن مالك بن زيد مناة بن تميم التميمي البستي، ولد سنة بضع وسبعين ومائتين، ومن شيوخه: الحسين بن إدريس الهروي، وأبو خليفة الجمحي، وأبو عبد الرحمن النسائي، ومن تلاميذه: أبو عبد الله الحاكم، ومنصور بن عبد الله الخالدي، وأبو معاذ عبد الرحمن بن محمد، له تصانيف منها: كتاب تفسير القرآن، كتاب التقاسيم والأنواع وهو المشهور بالصحيح، يُنظر ترجمته: الذهبي، شمس الدّين، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت، ج03، ص920 وما بعدها.

⁶ الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ج10، ص367.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والاختلاف في إسناد هذا الحديث وإرساله لا يمنع من الاحتجاج به؛ فقد رأى أبو حنيفة ومالك والآمدي¹ قبول المرسل بإطلاق والاحتجاج به؛ فهو عندهم بمرتبة المسند².

2- حديث أبي المنهال³: قال: اشتريت أنا وشريك لي شيئاً يدا بيد ونسيئة، فجاءنا البراء بن عازب⁴ فسألناه، فقال: فعلت أنا وشريكي زيد بن أرقم⁵، وسألنا النبي ﷺ عن ذلك فقال: "ما كان يدا بيد فخذوه، وما كان نسيئة فردّوه"⁶.

وهو حديث صريح في الشركة والتقرير عليها.

¹ هو سيف الدين، أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد بن سالم بن محمد، ولد بآمد سنة إحدى وخمسين وخمسمائة، له مصنفات كثيرة منها: أباكار الأفكار في أصول الدين، وغاية المرام في علم الكلام، والإحكام في أصول الأحكام، توفي سنة إحدى وثلاثين وستمائة، يُنظر ترجمته: الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرناؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ-2000م)، ج21، ص225 وما بعدها.

² السبكي، تاج الدين، عبد الوهاب بن علي، جمع الجوامع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1424هـ-2003م)، ص73، ومحمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دط، دت، ص112.

³ هو عبد الرحمان بن مطعم البُناني، أبو المنهال المكي، بصريّ كان ينزل مكة، قال أبو زُرعة: مكي ثقة، وذكره ابن جِبّان في كتاب الثقات، قال أبو بكر بن أبي عاصم: مات سنة ست ومئة، روى له الجماعة، يُنظر ترجمته: المؤزي، جمال الدين، أبو الحجاج، يوسف بن عبد الرحمان، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عوّاد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، (1413هـ-1996م)، ج17، ص406، 407.

⁴ ابن الحارث، الفقيه الكبير أبو عمارة الأنصاري الحارثي المدني، نزيل الكوفة، من أعيان الصحابة، روى حديثاً كثيراً، وشهد غزوات كثيرة مع النبي ﷺ، حدّث عنه: عبد الله بن يزيد الخطمي، وأبو جحيفة السوائي الصحابيأنوعدي بن ثابت، وسعد بن عبيدة، وأبو عمر زاذان، وأبو إسحاق السبيعي، وطائفة سواهم، مسنده ثلاثمائة وخمسة أحاديث، له في الصحيحين اثنا وعشرون حديثاً، وانفرد البخاري بخمسة عشر حديثاً، ومسلم بستة، توفي سنة اثنتين وسبعين وقيل: توفي سنة إحدى وسبعين عن بضع وثمانين سنة، يُنظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج03، ص194 وما بعدها.

⁵ زيد بن أرقم بن زيد بن قيس بن النعمان بن مالك بن الأغر بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج بن الحارث بن الخزرج، الأنصاري، الخزرجي، أبو عمرو، غزا مع النبي ﷺ سبع عشرة غزوة، روى عن النبي ﷺ وعن عليّ بن أبي طالب، وشهد صفن مع عليّ، مات بالكوفة سنة ست وستين، وقيل: سنة ثمان وستين، روى له الجماعة، يُنظر ترجمته: المؤزي، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، ج10، ص406، 407.

⁶ أخرجه البخاري، كتاب: الشركة، باب: الاشتراك في الذهب والفضة وما يكون فيه الصّرف، حديث رقم: 2497-2498، صحيح البخاري، ص605.

ج- مشروعية الشركة من الإجماع:

أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة؛ وإنما اختلفوا في أنواع منها¹.

الفرع الثاني-تعريف الشركة في القانون الجزائري:

اهتمّ المشرع الجزائري بالشركات في القانون المدني، ونظمها في الفصل الثالث من القسم الثاني منه، في المواد من 416 إلى 449، وقد تناول الشركة من حيث كونها عقداً وحدّد أركانها وكيفيات إدارتها والآثار المترتبة عن قيامها، ثم انقضائها وتصفيته، وهي الأحكام والقواعد القانونية العامة التي يمكن الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص خاص.

ولتحديد مفهوم الشركة في القانون الجزائري لا بدّ من الرجوع للمادة 416 'ق،م،ج' التي تنصّ على أنّ: " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر بالمساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجرّ عن ذلك " ².

والشركة من حيث القواعد العامة في نظر الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: "عقد مُسمّى يستلزم اشتراك شخصين فأكثر يساهم فيه كل الشركاء بحصّة في رأس المال الشركة، بنية الاشتراك والتعاون عن طريق قبول أخطار معيّنة، ومع مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر"³.

ومن خلال نص المادة 416 المذكورة سابقاً يتّضح أنّ المشرّع الجزائري في تحديده لمفهوم الشركة أخذ بمعيار النظرية العقدية، التي ترى أنّ الشركة من قبيل العقود، غير أنّ هذا الحكم يؤخذ بتحفظ، إذ يجب الرجوع إلى الأحكام الخاصة بكل نوع من الشركات من أجل تحديد طبيعة الشركة أهى عقد أم نظام⁴.

¹ ابن قدامة، المغني، ج05، ص109، والبّهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج08، ص476.

² القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، مؤرخة في 04 ماي 1988.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص219.

⁴ سنيسنة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، 2018/2017، ص32.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تعريف الشركات :

بالمقارنة بين التعريف اللغوي لمصطلح 'الشركة' وبين تعريفات الفقهاء الشرعية؛ يتضح أنّ المعنى الشرعي أعمّ من المعنى اللغوي؛ ذلك أنّ الشركة في اللغة تحصل بفعل الخلط، وفي الشرع كما تحصل بفعل الإنسان قد تحصل من غير فعله؛ كثبوت الحقّ في مال موروث، أو غيره؛ كالقصاص وحدّ القذف والشّفعة، فعلى هذا يكون بين المعنيين اللغوي والشرعي عموم من هذا الوجه¹.

وبالنظر في تعريفات الفقهاء يظهر أنّ أكثرهم لم يُعرّفوا الشركة بالمعنى العام الشامل لجميع أنواع الشركات، من شركة الإباحة وشركة الملك وشركة العقد بأنواعها، وذلك لأنّ شركة الإباحة التي ذكرها الفقهاء المعاصرون لا تُعتبر شركة بالمصطلح الفقهي عند الفقهاء، ولهذا لم يذكروا أحكام الإباحة في كتاب الشركة، بل تعرّضوا لمسائل شركة الملك وشركة العقد فقط، كما أنّ معظم الفقهاء لم يتناولوا المضاربة، وإن كانت المضاربة في الأصل نوعاً من الشركة بين ربّ المال والعمل؛ لكنهما لا يشتركان في محلّ واحد؛ فالمال لربّ المال والعمل للعامل، إلا عند وجود الرّبح، فيشترك فيه الطرفان، وهذا ما جعل أغلب الفقهاء يضعون للمضاربة باباً مستقلاً عن الشركة، حتّى إنّ بعضهم لم يجعل أحكام باب المضاربة متصلاً باب الشركة؛ بل فصل بين الشركة والمضاربة بأبواب فقهية أخرى، أو جعل المضاربة قبل باب الشركة².

ويقترب تعريف القانونيين للشركة من تعريف بعض الحنفية وتعريف المعاصرين الذين صرّحوا بأنّ الشركة عقد.

وأهل القانون لا يرون الشركة إلا شركة العقد، ولذلك لم يُعرّفوا الشركة تعريفاً عاماً كما فعل الفقهاء³.

¹ رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، ص 17.

² محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات - دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي -، ص 14.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 34.

المطلب الثاني- أركان الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أركان الشركة في الفقه الإسلامي:

أركان شركة العقد هي الأركان العامة لكل عقد، وإن اختلف مضمونها تبعاً لمعيار طبيعة الشركة وخصائصها، وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الأركان¹.
فذهب الحنفية² إلى أنّ للشركة ركناً واحداً هو: الصيغة؛ وهي الإيجاب والقبول، أي اللفظ المفيد لعقد الشركة.

ويرى جمهور الفقهاء أنّ أركان الشركة أربعة؛ هي: عاقدان، وصيغة، ومحل³.

وذهب الشافعية⁴ إلى أنّ أركان الشركة ثلاثة: صيغة وعاقدان ومال.

وإنما يُعتبر العاقدان ومحل العقد من الأركان في الشركة؛ لأنها لا تتحقق من دونهما، فالشركة تحتاج في تكوينها وانعقادها إلى هذه الأمور جميعاً؛ فيعتبر الجميع أركاناً⁵.

ولا أثر لهذا الخلاف في الأحكام، والحقيقة أنّ عقد الشركة كسائر العقود لا ينعقد ولا يتكون إلا بعد وجود العاقدين ومحلّ العقد والإيجاب والقبول، سواء اعتبرنا كل هذه الأمور أركاناً، أم اعتبرنا الإيجاب والقبول ركناً واحداً، والعاقدين والمحلّ من مستلزمات الركن⁶.

الفرع الثاني- أركان الشركة في القانون الجزائري:

يُعبّر القانونيون عن الأركان بالعناصر أحياناً، وبالشروط أحياناً أخرى، مع اختلافهم في تحديد الأركان والشروط، فهم يرون أنّ للشركة أركاناً خاصة تُفهم من تعريفها، وأركاناً عامة باعتبارها عقداً من العقود، ولعلّ أحسن تقسيم جاء به أهل القانون هو أنّ لشركة العقد أركاناً موضوعية خاصة، وأخرى موضوعية عامة، وأركاناً شكلية⁷.

¹ رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص 59.

² ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج 06، ص 466.

³ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 73، والزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، ص 796.

⁴ الشريبي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 02، ص 276.

⁵ محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، ص 32.

⁶ المرجع نفسه، ص 33.

⁷ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 75.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذه الأركان العامة للشركة هي ثلاثة عند السنهوري: التراضي والمحل والسبب¹، وهي أربعة عند الدكتور عبد العزيز خياط: التراضي والأهلية والمحل والسبب، وهي الأركان العامة لكل عقد وإن اختلف فحواها².

بما أنّ الشركة عقدٌ كما جاء في تعريفها؛ فإنّه يجب أن يتوافر فيها الأركان العامة في العقد من الرضا والمحلّ والسبب، كما يجب أن تقوم الشركة على أركان خاصة؛ وهي وجود شخصين فأكثر، وأن يُقدّم كل منهم حصة من مال أو عمل، ونيّة اقتسام الأرباح والخسائر، وكذلك نية أو قصد الاشتراك لتحقيق الغرض من الشركة، مع اشتراط الكتابة لانعقاد العقد؛ فالكتابة هنا شرط لانعقاد وليس للإثبات³.

من خلال نص المادة 416 'ق،م،ج' يتبيّن أنه لا بُدّ من اتفاق إرادتين أو أكثر من أجل إنشاء الشركة مع ضرورة توافر ركني المحلّ والسبب، وهذا هو العامل المشترك بين جميع العقود؛ أي أن تتضمن ثلاثة عناصر وهي: الرضا والمحل والسبب، ويُعبّر عنها بالأركان الموضوعية العامة، ويترتب على تكوين عقد الشركة التزامات تقع على عاتق الشركاء، وهذا يستتبع حتما ميلاد شخص قانوني يُعبّر عنه بالشخص الاعتباري أو الشخص المعنوي، تجتمع فيه إرادة الشركاء المُنشئين له⁴.

الفرع الثالث-المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أركان الشركة:

من خلال النظر في أركان عقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؛ يمكن استخلاص ما يلي:

1- يُعبّر أهل القانون بالتراضي أو الرضا أحيانا، بينما يستعمل فقهاء الشريعة الإسلامية مصطلح الإيجاب والقبول.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص244.

² عبد العزيز خياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج01، ص76.

³ إبراهيم السيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط1، 1999م، ص114.

⁴ بشير محمد، مقومات عقد الشركة وجزء الإخلال بها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد05، جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص162.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

2- الأهلية يعتبرها بعض أهل القانون ركنا من أركان انعقاد الشركة، لكنها في الفقه الإسلامي تدخل ضمن شروط ركن العاقدین.

3- اتفق معظم فقهاء الشريعة الإسلامية مع أهل القانون في أنّ المحلّ ركن من أركان الشركة.

4- السبب يُعتبر ركنا عند أهل القانون؛ لكنه غير معدود من الأركان عند فقهاء الشريعة الإسلامي؛ بل هو يدخل تحت ما يُشترط في ركن المحلّ.

المطلب الثالث- أنواع الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أنواع الشركات في الفقه الإسلامي:

جرت عادة الفقهاء القدامى في كتبهم على تقسيم الشركة إلى قسمين فقط، شركة الملك وشركة العقد¹، والسبب في ذلك أنّ الإباحة حقّ لجميع الناس، وليست فيها مشاركة اثنين فصاعداً بالاختصاص².

قال صاحب البدائع: " الشركة في الأصل نوعان: شركة الأملاك، وشركة العقود؛ وشركة الأملاك نوعان: نوعٌ يثبت بفعل الشريكين، ونوعٌ يثبت بغير فعلهما؛ أمّا الذي يثبت بفعلهما فنحو: أن يشتريا شيئاً، أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، أو يُتصدّق عليهما، فيقبلاً؛ فيصير المشترى والموهوب والموصى به والمتصدّق به مُشترِكاً بينهما شركة ملك، وأمّا الذي يثبت بغير فعلهما فالميراث بأن ورثا شيئاً فيكون الموروث مُشترِكاً بينهما شركة ملك³."

ولا يعتبر بعض الفقهاء شركة الملك شركة إلا بالمعنى اللغوي، والشركة عندهم بالمعنى الاصطلاحي نوع واحد هي شركة العقد⁴.

وأضاف بعض المعاصرين نوعاً ثالثاً للشركات، وهو شركة الإباحة⁵.

¹ العيني، أبو محمد، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، (1411هـ-1990م)، ج06، ص825، والزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص313، و ابن قدامة، المغني، ج05، ص109.

² محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، ص15.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص499، 501.

⁴ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص290.

⁵ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج01، ص34، وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، ص07.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والذي يعيننا في هذا البحث هو شركة العقود؛ لأننا نبحت عن أثر هلاك محل العقد في الشركة، وهذا النوع من الشركات هو الذي يلحقه الإفلاس والتلف بعد قيامها.

تباينت مذاهب الفقهاء في تقسيمات شركة العقود، بحسب قواعدهم المعتمدة وما رجّحوه من أسس: فالحنفية يقسمون شركة العقد إلى ستة أقسام: شركة بالمال¹، وشركة بالأعمال²، وشركة بالوجوه³، وكل قسم منها ينقسم إلى قسمين: مفاوضة⁴، وعنان⁵؛ فصارت الأقسام ستة⁶.

وأقسامها عند المالكية: ستة، وهي: المفاوضة والعنان والجبر والعمل والدّمم والمضاربة، وهي القراض⁷.

والشافعية يُقسمونها إلى أربعة أقسام: شركة الأبدان (كشركة الحمالين وسائر المحترفة)، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه، وشركة العنان، وكلها باطلة ما عدا شركة العنان⁸.

¹ وهي أن يشترك اثنان في رأس مال؛ فيقولوا اشتركنا فيه على أن نشترى ونبيع معا، وما كان من ربح فهو بيننا على شرط كذا، يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص502.

² وتُسمى: شركة الأبدان، وشركة الصانع، وشركة بالتقبل، وهي أن يشتركا على عمل من الخياطة أو غيرها؛ فيقولوا: اشتركنا على أن نعمل فيه، وما رزق الله من أجرة فهي بيننا على شرط كذا، يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص503.

³ وهي أن يشتركا وليس لهما مال، لكن لهما وجهة عند الناس، فيقولوا: اشتركنا على أن نشترى بالنسيئة ونبيع بالنقد، وما كان من ربح فهو بيننا على شرط كذا، يُنظر: الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص504.

⁴ وهي أن يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما؛ لأنها شركة عامة في جميع التجارات يُفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق؛ إذ هي من المساواة، يُنظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج06، ص147.

⁵ وهي أن يُخرج كل واحد منهما مالا مثل مال صاحبه، ويخلطاه فلا يتميّز، وبإذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين، والخسران كذلك، يُنظر: الماوردي، الحاوي الكبير، ج06، ص473.

⁶ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص502، 504، والزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص313.

⁷ أحمد الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص289، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص351.

⁸ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص274، 275.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

والحنابلة يُقسّمون شركة عقود إلى أقسام خمسة، وهي: شركة العنان، والأبدان، والوجوه، والمضاربة، والمفاوضة¹، وقيدوا هذه الأقسام بأنه لا يصح شيء منها إلا من جاز التصرف؛ لأنها عقد على تصرف في مال؛ فلم تصح من غير جاز التصرف في المال كالبيع².
والشركة بالجملة عند فقهاء الأمصار على أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه³.

والفقهاء متفقون على جواز شركة العنان وصحتها، أما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها؛ **فالشافعية والظاهرية** يجعلون كل الشركات باطلة ماعدا شركة العنان وشركة المضاربة، **والحنابلة** أجازوا كل الشركات ماعدا شركة المفاوضة، **والمالكية** كل الشركات جائزة عندهم سوى شركة الوجوه، وشركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية، وأما **الحنفية والزيدية** فكل الشركات جائزة عندهم عند توفر شروطها⁴.

الفرع الثاني-أنواع الشركات في القانون الجزائري:

تُقسّم الشركات في القانون الوضعي إلى أنواع مختلفة بالنسبة لأسس مختلفة، وبالنسبة للأصول القانونية التي اعتمد عليها قانون الشركات، وقد اعتمدت أغلب القوانين العربية على الأصل اللاتيني لا سيما الفرنسي، وهذه القوانين العربية قسّمت الشركات إلى شركات مدنية وأخرى تجارية⁵.

فالشركات المدنية هي التي تقوم لتحقيق أغراض تعود عليها بالربح المادّي، ولكن هذه المشروعات المالية التي تقوم بها الشركات المدنية لا تدخل في أعمال التجارة⁶.
والشركات التجارية هي التي تقوم بأعمال تجارية، وهي أهم من الشركات المدنية؛ فهي تقوم بدور أساسي في الحياة الاقتصادية⁷.

¹ ابن قدامة، المغني، ج05، ص109، والزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج04، ص794.

² ابن قدامة، المغني، ج05، ص109، والبُهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج08، ص477.

³ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص251.

⁴ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج04، ص795.

⁵ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج02، ص12، 13، وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، ص119.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص232، 233.

⁷ المرجع نفسه، ص234.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وما يهمننا في دراستنا هو الشركات التجارية؛ ولذا سنتناول أنواعها بشيء من الاختصار. اعتمد القانون الوضعي في تصنيف الشركات التجارية على المعيار الغالب فيها، حيث قسّم الشركة على أساس شخصية الشريك والعلاقة بين الشركاء في شركات الأشخاص، فإذا كانت الغلبة للاعتبار الشخصي المبني على الثقة المتبادلة بين الشركاء، وعلى الدور الذي تلعبه شخصية الشريك في الشركة، كانت الشركة شركة أشخاص، وإذا لم تكن شخصية الشريك محل اعتبار، وكانت الغلبة للاعتبار المالي المستند إلى تجميع رؤوس الأموال؛ كانت الشركة شركة أموال¹.

وتنقسم الشركات في القانون التجاري حسب الرابطة التي تقوم بين الشركاء إلى أنواع ثلاثة، هي: شركات الأشخاص، وشركات الأموال، والشركات المختلطة². وذهب بعضهم إلى أنّ الشركات التجارية قسّمان: شركات أشخاص، وشركات أموال³. **أولاً- شركات الأشخاص:** وهي التي تعتمد أساساً في تكوينها على شخص الشركاء، وهم عادة قليل يعرف كل منهما الآخر معرفة تامة؛ من حيث خبرته وسمعته في التجارة⁴. ويبقى الاعتبار الشخصي سائداً منذ تأسيس الشركة إلى نهايتها، وتشمل شركات الأشخاص: شركة التضامن، وشركة التوصية البسيطة، وشركة المحاصة⁵. **1- شركة التضامن:** هي الشركة التي يعقدها شخصان أو أكثر بقصد الاتجار، ويكون جميع الشركاء ملزمين بالتضامن عن جميع التزامات الشركة حتى في أموالهم الخاصة⁶.

¹ سنيينة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص 283.

² محمود سمير الشرفاوي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982م، ص 50.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 234، وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، ص 122.

⁴ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط 5، 2011م، ص 16.

⁵ حسام بوحجر، الحماية الجنائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-1- الحاج لخضر، 2018/2017، ص 23.

⁶ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 234، 235، وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، ص 123.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقد نظمها المشرع الجزائري في المواد 551 إلى 563 من القانون التجاري، دون أن يضع تعريفا لها، حيث تناول خصائصها والتي يمكن إيجازها فيما يلي¹:

- يكتسب الشريك صفة التاجر بمجرد دخوله في شركة التضامن.

- مسؤولية الشركاء فيها مسؤولية تضامنية وغير محدودة.

- الحصص فيها غير قابلة للتداول ولا يمكن إحالتها إلا برضى جميع الشركاء².

2- شركة التوصية البسيطة: هي الشركة التي تُعقد بين شريك واحد أو أكثر، مسؤولين ومتضامنين، وبين شريك واحد، أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها، وخارجين عن الإرادة ويُسمّون موصين³.

وتوزيع الأرباح والخسائر يكون على مقتضى العقد المحرر بينهم عند تأسيس الشركة، مع ملاحظة أنّ الفريق الموصي لا يتحمّل من الخسارة إلا في حدود رأس ماله فقط⁴.

وقد تناول القانون التجاري هذا النوع من الشركات في المواد من 563 مكرر إلى 563 مكرر 10، ولم يتطرق إلى تعريفها⁵.

3- شركة المحاصة: هي الشركة التي تُعقد بين شخصين أو أكثر للقيام بعمل واحد أو سلسلة من الأعمال يؤديها أحد الشركاء باسمه على أن يقتسم الربح أو الخسارة بينه وبين باقي الشركاء⁶.

¹ الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، مؤرخة في 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

² المادة 560 من القانون التجاري، سبق ذكره.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 02، ص 76، وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، ص 124.

⁴ محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات-دراسة مقارنة-، دار المزيخ للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، (1406هـ-1986م)، ص 302.

⁵ المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل و يتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27، مؤرخة في 27 أبريل 1993.

⁶ كامل موسى، أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط 2، (1415هـ-1994م)، ص 354.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقد تناول القانون التجاري الجزائري أحكامها في المواد من 795 مكرر 1 إلى 795 مكرر 05، حيث أنّ طبيعة هذا النوع من الشركات تختلف عن باقي الشركات؛ بصفتها المستترة، وعدم تمتعها بالشخصية الاعتبارية¹.
ثانياً- شركات الأموال (شركات المساهمة):

تقوم هذه الشركات على الاعتبار المالي، فليس للشركاء بصفة شخصية عبء فيها؛ بل فيما يُقدّمونه من مال، فيجوز للشريك التصرف في حصته، ولا يؤثر وفاة أحد الشركاء أو إفلاسه أو الحجز عليه على وضع الشركة أو انحلالها، كما هو الحال في شركة الأشخاص، ويُسمّى الشركاء فيها بالمساهمين، ولا يكتسبون صفة التاجر، ولا يُسألون عن ديون الشركة إلا في حدود قيمة أسهمهم².

وقد نظّم المشرّع الجزائري أحكام شركات المساهمة في المواد: 592 إلى غاية المادة 715 مكرر 132 من القانون التجاري³، وهذا الكمّ الهائل من المواد يدلّ على أهمية هذا من الشركات؛ فالغرض الأساسي من هذه الشركة هو جمع المال اللازم للمشروعات الكبرى، وغالبا ما يكون الاسم التجاري لها مشتقّ من غرض التكوين، متبوعا أو مسبقا بذكر شكل الشركة ومبلغ رأسمالها، ولا يجوز أن يقلّ عدد الشركاء عن سبعة⁴.
وتنقسم شركات الأموال إلى قسمين:

1- شركة المساهمة S.P.A : عرفتها المادة 592 من القانون التجاري بقولها: " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأسمالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحمّلون الخسائر إلا بقدر حصّتهم"⁵.

2- شركة التوصية بالأسهم: تناول المشرّع الجزائري هذا النوع من الشركات ونصّ على أحكامها من المادة 715 إلى المادة 715 ثالثا 10 من القانون التجاري (المرسوم التشريعي رقم 08-93)

¹ المرسوم التشريعي رقم 08-93، سبق ذكره.

² مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2009م، ص74.

³ المرسوم التشريعي رقم 08-93، سبق ذكره.

⁴ حسام بوحجر، الحماية الجنائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، ص24، 25.

⁵ المرسوم التشريعي رقم 08-93، سبق ذكره.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وقد نصّت المادة 715 ثالثاً من القانون التجاري على ما يلي: " تؤسس شركة التوصية بالأسهم التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم، بين شريك متضامن أو أكثر له صفة تاجر ومسؤول دائماً وبصفة متضامنة عن ديون الشركة وشركاء موصين مساهمين ولا يتحملون الخسائر إلا بما يعادل حصصهم"¹.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أنواع الشركات:

بعدما رأينا أنواع الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؛ يمكن القول بأنّ الشركات القانونية التي تقدّمت جائزة ومشروعة؛ بشرط خلوّها من الربا، ولم تكن متضمنة لشروط تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك لأنّ أكثر أنواع هذه الشركات داخلة في شرطي العنان والمضاربة، وبعضها يشبه شركة المفاوضة، والفروق المتعلقة بالتسمية والشكل مردّها إلى التطور الحاصل في هذه الشركات بتطور المجتمعات، في مختلف أنواع المعاملات، تمشياً مع حاجات الناس وعاداتهم².

وليس في الشريعة الإسلامية ما يمنع من تسمية الشركات بأسماء مختلفة، وليس هناك مانع شرعي من تنظيمها وتقييدها وتسجيلها، ما دام ذلك لا يخالف نصاً صريحاً من كتاب أو سنة، وهذا يتوافق مع اتجاه الشريعة الإسلامية لتحقيق مصالح الناس وتنظيم أمورهم، وعليه فكلّ ما نظّمه القانون في هذا الشأن لا يخالف تعاليم الإسلام، ولا تمنع الشريعة من الأخذ به³.

وفي الغالب يمكن إدماج أنواع الشركات القانونية في الشركات الفقهية، إلا في بعض الحالات التي ينعدم فيها وصف الاشتراك الذي يقوم عليه كيان الشركة، كبعض الحالات في شركة المحاصة، والاختلاف الحاصل في الأحكام مرجعه مقتضيات التطور وما تتطلبه مصلحة الناس، وهذه الأحكام مقبولة شرعاً متى كانت لا تتعارض مع أصل من الأصول الكلية⁴.

ولا يعرف الفقه الإسلامي تقسيم الشركات إلى مدنية وتجارية؛ لأنّ أعمال الشركات تتناولها التجارة، وهي البيع والشراء والمبادلة لاستجلاب الربح في أيّ عمل من الأعمال⁵.

¹ المرسوم التشريعي رقم 93-08، سبق ذكره.

² محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات - دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي -، ص 223.

³ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 241.

⁴ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي - بحوث مقارنة، ص 127.

⁵ المرجع نفسه، ص 121.

المبحث الثاني

أثر هلاك المعقود عليه على

انفساخ عقد الشركة و ضمان

مالها في الفقه الإسلامي والقانون

الجزائري.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني- أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة وضمّان مالها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

رأينا سابقا أنّ جمهور الفقهاء متفقون مع أهل القانون في كون المحلّ ركنا من أركان عقد الشركة، باستثناء المذهب الحنفي الذي جعل لشركة العقد ركنا واحدا، هو الإيجاب والقبول، إلا أنّ فقهاء المذهب الحنفي قد تناولوا محل العقد بالبحث والتفصيل في أحكام الشركة. والمعقود عليه هو محلّ عقد الشركة، وهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه، والمعقود عليه في شركة العقد إما أن يكون مالا أو عملا، وذلك يشمل حصص المال أو عمل الشركاء في الشركة¹.

والمعقود عليه في الشركة- مالا كان أو عملا- عرضةٌ للهلاك كسائر العقود، إلا أنّ المعقود عليه إذا كان عملا فإنّ الذي يتلف هو محلّ العمل؛ إذ بهلاكه يهلك العمل محلّ العقد².

المطلب الأوّل- أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأوّل- أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة في الفقه الإسلامي:
أولا- أثر هلاك مال الشركة قبل الخلط:

اختلف فقهاء المذاهب في تأثير تلف مال الشركة قبل الخلط على انفساخها، وسنذكر رأي كلّ مذهب على حدة، ثمّ نجمل ما تمّ تفصيله على النحو الآتي:
-الحنفية قالوا: أنّ الشركة تبطل بهلاك المالكين أو أحدهما قبل الشراء؛ لأنّ الشركة عقد جائز وليس بلازم، فيكون لبقائه حكم الابتداء، ولأنّ العقود تتعيّن فيها كما في الهبة والوصية؛ فكانت معقودا عليها، فتبطل بالهلاك، كما في هلاك المبيع قبل القبض، وهلاك المالكين ظاهر، وأما هلاك أحد المالكين قبل وجود التصرف؛ فلا أنّ الشركة لما بطلت في الهالك بطلت فيما

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص253، وعبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج01، ص103، ورشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، ص71.

² عبد الحميد بن سعد السعود، أثر تلف المعقود عليه، ص199.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يقابله، لأنّ صاحبه لم يرض بمشاركته في ماله إلا بشرط أن يُشركه هو في ماله أيضا، وقد عُدم هذا الشرط بهلاك أحد المالكين؛ فبطلت الشركة في المالكين جميعا؛ لعدم فائدة العقد¹.

ولأنّ الشّركة عُقدت لاستنماء المال، وهذا غير مُتصوّر بعد هلاكه، فينبغي أن تُفسخ².
وسواء كان المالكان من جنسين أو من جنس واحد قبل الخلط؛ لأنّ الدراهم الدنانير يتعيّنان في الشركات، فإذا هلكت فقد هلك ما تعلّق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المعقود به فيبطل العقد³.

- المالكية قالوا: إذا تلف مال الشركة قبل الخلط الحقيقي، أو قبل الخلط الحكمي؛ كأن يُجعل مجموع المالكين في بيت واحد ويُجعل عليه قفلين، بيد كل منهما مفتاح الآخر، أو جعل كلّ منهما ذهبه في صرة وجعلاهما تحت يد أحدهما؛ فإنّ الشركة لا تنفسخ لأنها لازمة بالعقد⁴.

- الشافعية: تناولوا هلاك المعقود عليه في شركة المضاربة؛ حيث ذكروا أنّ تلف مال القراض قبل التسليم يُبطل الشراء ويرفع القراض، وكذلك الحكم بعد الشراء؛ فإنّ القراض يبطل، والمشتري للمالك، وعلى العامل الثمن⁵.

والذي يظهر أنّ الحكم عندهم في جميع الشركات واحد، وأنّ الشركة تنفسخ بهلاك محل العقد، ولعلّهم لم يُصرّحوا بذلك لوضوحه.

- الحنابلة: نصّوا على تلف مال المضاربة؛ فقالوا: أنّ المضاربة تنفسخ بتلف جزء من مالها قبل عمل العامل في مالها؛ ويصير الباقي رأس المال؛ لأنّ التصرف لم يُصادف إلا الباقي، فكان هو رأس المال، قياسا على تلف المبيع قبل القبض، بخلاف الهلاك الحاصل بعد التصرف؛ لأنّه دار

¹ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج4، ص410، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج3، ص319.

² عبد الرحمن شيخي زاده، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1998م)، ج2، ص454.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص547، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج4، ص409.

⁴ الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل، ج6، ص41، وأحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج3، ص294، والحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج6، ص11، والغرياني، الصاق بن عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان للباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1423هـ-2002م)، ج3، ص611.

⁵ النووي، روضة الطالبين، ج4، ص217، 218.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

في التجارة وشرع فيما قُصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح، فإن تلف جميع المال قبل العمل والتصرف، ثم اشترى للمضاربة شيئاً؛ فهو كالفضولي¹.

وبالجملة فإنّ الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا بانفساخ الشركة بهلاك محلّها قبل الخلط، وعند المالكية لا تنفسخ لأنها لازمة بالعقد.

ثانياً- أثر هلاك مال الشركة بعد الخلط:

إذا تلف مال الشركة بعد الخلط فإنّ الفقهاء اختلفوا في تأثير هذا التلف على انفساخ الشركة على النحو الآتي:

-**الحنفية:** إن هلك بعض المال بعد الخلط بقي الباقي على الشركة، أي أنها لا تبطل، وإن هلك كله تبطل الشركة؛ لأنّ النقود تتعيّن فيها بخلاف المضاربة والوكالة المفردة؛ حيث لا ييطان بهلاك النقود التي ورد عليها العقد قبل العقد².

وإن اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر قبل الشراء؛ فإنّ الشركة الواقعة في هذا الشيء المشتري بعد هلاك مال الآخر شركة عقد عند الإمام محمد³؛ لأنّ الشركة قد تمت في المشتري، فلا ينتقض بهلاك المال بعد تمامها؛ كما لو كان الشراء بمالين، خلافاً للحسن بن زياد⁴ فإنها شركة ملك عنده؛ فلا ينعقد بيع أحدهما إلا في نصيبه، لأنّ شركة العقد بطلت بهلاك المال، كما لو هلك قبل الشراء بمال الآخر⁵.

¹ ابن قدامة، المغني، ج 05، ص 168، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج 08، ص 516، والبُهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج 03، ص 578، 579.

² الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 03، ص 319.

³ هو أبو عبد الله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، صحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه، ثم عن أبي يوسف، روى عن مالك والثوري، أقام على مالك ثلاث سنين، وسمع منه سبعمائة حديثاً ونيقاً، كان مقدماً في علم العربية والحساب، مات سنة تسع وثمانين ومائة، وهو ابن ثمان وخمسين سنة، ومن كتبه: الأصل وهو المبسوط، والجامع الكبير، والجامع الصغير، والسير الكبير، والسير الصغير، يُنظر ترجمته: ابن الحنائي، طبقات الحنفية، ج 01، ص 176 وما بعدها.

⁴ هو أبو علي الحسن بن زياد الأنصاري مولاهم الكوفي اللؤلؤي صاحب أبي حنيفة، وُلد حوالي سنة 116هـ، نزل بغداد وتفقه على أبي حنيفة ويوسف وزفر، ولي القضاء ثم استغنى عنه، له كتاب المقالات، وكتاب المجرد، مات رحمه الله سنة أربع ومائتين، يُنظر ترجمته: المرجع نفسه، ص 192 وما بعدها.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج 11، ص 164، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج 04، ص 410، 411.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-**المالكية:** لهم قول ضعيف جدا مفاده: اشتراط الخلط للزوم العقد، والمشهور أنّ الشركة لازمة بالعقد، حصل الخلط أم لا، أي أنها لا تنفسخ بتلف المال، ولا يصحّ جعل الخلط شرطا في الصّحة؛ لأنها صحيحة مطلقا، فهو شرط في الضّمان المفهوم من الزوم؛ لأنه يُشعر بالضمان؛ إذ لا فائدة له إلا الضّمان إن وُجد شرطه وهو الخلط، ولا فرق بين كون الخلط حسّيا؛ بحيث لا يتميّز مال أحدهما من الآخر، أو حكما¹.

-**الشافعية:** لم يُصرّحوا في باب الشركة عن حكم هلاك مالها أو أحد المالكين، ولكن مقتضى جعلهم الخلط من شرائط صحّة الشركة؛ بطلانها بهلاك أحد المالكين فيما عداه أو هلاك المالكين جميعا².

-**الحنابلة:** قالو: إذا تلف مال المضاربة بعد الشراء؛ بأن اشترى المضارب سلعة في ذمته، ثم تلف مال المضاربة والسلعة فالمضاربة باقية بحالها؛ لأنّ الموجب لفسخها هو التلف، ولم يُوجد حين الشراء ولا قبله³.

الفرع الثاني-أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة في القانون الجزائري:

تنص المادة 438 من الأمر 58-75 على ما يلي: "تنتهي الشركة بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه، بحيث لا تبقى فائدة من استمرارها.

وإذا كان أحد الشركاء قد تعهد بأن يُقدّم حصته شيئا معينا بالذات، وهلك هذا الشيء قبل تقديمه، أصبحت الشركة منحلة في حقّ جميع الشركاء"⁴.

من خلال نص هاته المادة يتبيّن أنّ الشركة تنقضي بهلاك مالها، بأن يتلف أو يضيع أو تستنفده الخسائر، حتى ولو لم يكن خطأ أو تقصير أو سوء إدارة أحد الشركاء، إلا في بعض الحالات يكون هلاك مال الشركة لا يترتب عليه زوالها، كأن يتفق الشركاء على زيادة رأس مال الشركة تعويضا عن المال الهالك، أو كانت الشركة مؤمنة على أموالها فتقبض مبلغ التأمين تعويضا عن المال الهالك⁵.

¹ الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج06، ص41.

² الموسوعة الفقهية الكويتية، مادة (إجارة)، ج26، ص92.

³ ابن قدامة، المغني، ج05، ص169، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج08، ص517.

⁴ القانون المدني، سبق ذكره.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج05، ص358.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

يترتب على هلاك مال الشركة كلياً أو جزئياً استحالة تنفيذ الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله، فتُحلّ الشركة بقوة القانون، فإذا هلك جزء من مال الشركة، ولم يعد الباقي من مال الشركة كافياً لتحقيق غرضها فإن هذا الأمر يرجع إلى تقدير قاضي الموضوع طبقاً لملاسات الدعوى¹.

فإذا هلك مال الشركة لم تجد ما تستطيع أن تستمرّ به في أعمالها، ويتحتم أن تنقضي بمجرد هلاك المال².

على أنه يجب مراعاة مدى الأثر الذي يتركه هذا الهلاك على نشاط الشركة، وما إذا كان في إمكانها الاستمرار في نشاطها رغم ذلك بناء على ما تملكه من أموال أخرى، أو ما قد تحصل عليه من تعويضات؛ كأن يكون الهلاك راجعاً إلى سبب يجيز التعويض، ومثاله غرق الأسطول التجاري موضوع نشاط الشركة، والتزام شركة التأمين بتأمين هذا الخطر³.

وليس من الضروري أن يكون الهلاك مادياً؛ كاحتراق مصانع الشركة أو متاجرها، فقد يكون الهلاك معنوياً؛ كسحب الرخصة التي تسمح للشركة بالقيام بعملها، أو إبطال حقّ الاختراع الذي تستغله، أو إلغاء حقّ الامتياز الممنوح من الحكومة للقيام بعمل معيّن⁴.

ويتحقق الهلاك المادّي لرأس مال الشركة في حالة هلاكه كلياً أو هلاك جزء كبير منه يصل ثلاثة أرباع رأس مالها، كاحتراق آلات ومعدّات الشركة، أو في حالة عجز الشركة عن القيام بعملها، ففي هذه الحالة لا جدوى من استمرارها حتى تنقضي الشركة بقوة القانون⁵.

فالأمر يرجع هنا إلى أهمية الجزء المتبقي ومدى قدرته على الاستمرار في النشاط، وعلى هذا نصت المادة 589 من القانون التجاري فيما يخص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، على أنه: "في حالة خسارة 3/4 (ثلاثة أرباع) رأس مال الشركة، يجب على المديرين استشارة

¹ حنان بخت سيد أحمد، أثر انقضاء الشركة على حقوق الأطراف في القانون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد 24، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان، ص 240.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 358.

³ عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري - الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 1992م، ص 39.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 358، وحنان بخت سيد أحمد، أثر انقضاء الشركة على حقوق الأطراف في القانون، ص 241.

⁵ باسم محمد ملحم، بسام حمد طراونة، الشركات التجارية، دار المسيرة، عمان، ط 1، 2012م، ص 469.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

الشركاء للنظر فيما إذا كان يتعين إصدار قرار بحلّ الشركة¹، وبالنسبة إلى شركة المساهمة نصّت المادة 594: "يجب أن يكون رأسمال شركة المساهمة بمقدار خمسة (5) ملايين دينار جزائري على الأقل، إذا ما لجأت الشركة علنية للائحة، ومليون دينار على الأقل في الحالة المخالفة ويجب أن يكون تخفيض رأس المال إلى مبلغ أقل متبوعاً، في أجل سنة واحدة، بزيادة تساوي المبلغ المذكور في المقطع السابق، إلا إذا تحولت في ظرف نفس الأجل إلى شركة ذات شكل آخر، وفي غياب ذلك، يجوز لكل معني بالأمر المطالبة قضائياً بحلّ الشركة بعد إنذار مثليها بتسوية الوضعية"².

ويُلحق بهلاك مال الشركة أن تهلك حصّة أحد الشركاء إذا كانت هذه الحصّة شيئاً معيّناً بالذات، تعهد الشريك بتقديمه ملكية أو منفعة، وحصل الهلاك قبل تسليمه للشركة³.
ويُشترط في هذا الشيء المعيّن بالذات أن يكون لازماً لحياة الشركة؛ بحيث لا يُتصور استمرارها بدونه⁴.

ولكن إذا كانت حصّة هي تمكين الشركة من الانتفاع بالشيء المعيّن بالذات؛ فإنّ الشركة تنحلّ بهلاك هذا الشيء، سواء كان الهلاك قبل التسليم أو بعده⁵.
والهلاك قبل التسليم يجعل الشركة تنحلّ حتّى ولو كان باقي الحصص يكفي لقيام الشركة بأعمالها، أمّا هلاك الحصّة بعد التسليم فلا يجعل الشركة تنحلّ إذا كان الباقي من مال الشركة كافياً لاستمرارها في العمل، والسبب في ذلك هو أنّ الشريك يصبح غير مساهم في رأس مال الشركة عند هلاك حصته قبل تسليمها للشركة؛ لأنها تهلك عليه لا على الشركة، أمّا بعد التسليم فهلاكها على الشركة لا عليه، ويصبح هو مساهم في رأس مال الشركة بالرغم من هلاك الحصّة⁶.

¹ الأمر رقم 75-59، سبق ذكره.

² المرسوم التشريعي رقم 08-93، سبق ذكره..

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 359.

⁴ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، القاهرة، 1957م، ص 734.

⁵ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 359.

⁶ المرجع نفسه، ص 360.

الفرع الثالث-المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة:

رأينا أنّ فقهاء المذاهب من الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا بانفساخ الشركة بهلاك محلّها قبل الخلط، وأنّ المالكية قضوا بعدم انفساخها؛ لأنها لازمة بالعقد، وفي حالة هلاك المال بعد الخلط فإنّ المالكية والحنابلة قالوا بعدم انفساخ الشركة، والحنفية والشافعية قالوا بانفساخ الشركة بهلاك مالها بعد الخلط، إلا أنّ الحنفية تحدثوا عن هلاك بعض المال بعد الخلط، وذكروا أنّ الباقي يبقى على الشركة، أي أنها لا تبطل.

وما قرّره أهل القانون من انفساخ الشركة وانقضائها بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء(الحنفية والشافعية والحنابلة)، ولم يميّز القانونيون بين الهلاك الحاصل قبل التسليم وبين الهلاك الواقع بعده.

وبالنسبة لتحديد نسبة المال الهالك الذي يُفضي لانقضاء الشركة؛ فإنّ ذلك يصحّ شرعا وقانونا، ففي الشريعة الإسلامية يدخل هذا التحديد ضمن مبدأ المسلمين عند شروطهم، وفي القانون؛ فإنّ العقد شريعة المتعاقدين¹.

وإذا أصبح نشاط الشركة غير مشروع؛ فإنّ ذلك يُلحق بحكم هلاك مال الشركة، كما لو حرّمت الدولة المتاجرة في سلعة معينة، أو تمّ سحب ترخيص إنشائها، هذا من الناحية القانونية، أمّا في الفقه الإسلامي؛ فيمكن للسّلطان أن يُصدر قرارات إدارية تكفل مصالح الناس².

¹ عبد العزيز الحياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج01، ص362.

² المرجع نفسه، ص363.

المطلب الثاني- أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

في هذا المطلب يتمّ التعرّف على تأثير هلاك محل الشركة على ضمان أموال الشركة، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول- أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في الفقه الإسلامي:

أولاً- أثر هلاك مال الشركة في الضمان قبل الخلط:

اختلف الفقهاء في ضمان مال الشركة الهالك قبل الخلط؛ وسبب اختلافهم في هذه المسألة راجع إلى اختلافهم في اشتراط أو عدم اشتراط الخلط لصحة الشركة أو لضمان مالها، فمن جعل الخلط شرطاً لصحة الشركة أو لضمان مالها؛ جعل هلاك مال الشركة قبل الخلط على صاحبه، لأنّ الشركة حينئذ غير صحيحة؛ لاشتراط الخلط لصحتها، أو هي صحيحة ولكن مالها غير مضمون على جميع الشركاء، لكون الخلط شرطاً في الضمان عند من يشترطه، ومن قال بعدم اشتراط الخلط لصحة الشركة ولضمان مالها، رأى بأنّ هلاك مال الشركة قبل الخلط يكون من ضمان الشريكين، لأنّ الضمان عندهم يثبت بمجرد العقد¹.

ويمكن حصر اختلاف الفقهاء في هذه المسألة في قولين اثنين:

-القول الأول: أنّ ما يهلك من مال الشركة قبل الخلط يكون ضمانه من مال الشريكين، وهذا هو رأي الحنابلة².

ووجه هذا القول:

أنّ الشركة اقتضت ثبوت الملك لكلّ شريك في نصف مال شريكه؛ فكان تلفه من ضمانهما وزيادته لهما، ولأنّ الخسارة والضمان أحد موجبي الشركة؛ فتعلّقاً بالشريكين، كالربح، وكما لو اختلطا، ولأنّ العقد اقتضى أن يكون المالان كالمال الواحد؛ فكذلك في الضمان كحال الخلطة³.

¹ أحمد شحادة علي أبو سرحان، أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، ص226.

² ابن قدامة، المغني، ج05، ص119، والبّهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج03، ص549، 550.

³ ابن قدامة، المغني، ج05، ص117، 118، 119.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

-القول الثاني: ما يهلك من مال الشركة قبل الخلط فزمانه من مال صاحبه فقط، وهذا مذهب الحنفية¹ والمالكية² والشافعية³.

ووجه هذا القول: أنّ مال كلّ من الشريكين قبل الخلط باق على ملكه بعد العقد، فلا يجب عليه ضمان ماله إن هلك في يده، وإن هلك في يد صاحبه فهو أمين، فلا يضمن، بخلاف ما إذا كان رأس المالين من جنس واحد ومخلطاً، ثم هلك فإنه يهلك مشتركاً بينهم؛ لعدم تيقن أيّ المالين لحقه الهلاك، فالهالك يعتبر هالكا من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر، لأنه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال، ولأنّ خلط المالين ليس شرطاً لصحة عقد الشركة⁴، وأمّا إذا اشترى أحد الشريكين بماله ثمّ هلك مال الآخر قبل الشراء به؛ فالمشترى بينهما؛ ووجه ذلك أنّ الشركة كانت قائمة وقت الشراء، فوقع الملك مشتركاً بينهما، فلا يتغيّر بهلاك مال الآخر بعد ذلك⁵.

ويرجع المشتري على شريكه بثلث حصته؛ وذلك لأن المشتري وكيل عن شريكه في حصته، وقد قضى الثمن من مال نفسه، والوكيل إذا قضى الثمن من نفسه يرجع على الموكل فكذا هنا⁶.

وإن هلك مال أحدهما قبل الشراء به ثم اشترى الآخر بماله؛ فإن صرح الشريكان بالوكالة في عقد الشركة فالمشترى بينهما على ما شرطاً، لأنّ الشركة وإن بطلت بالهلاك فالوكالة المصريح

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص548، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص319.

² الخرخشي، شرح الخرخشي على مختصر خليل، ج06، ص41، وأحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص294، والحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلته، ج06، ص11، والغرياني، الصاق بن عبد الرحمان، مدونة الفقه المالكي، مؤسسة الريان للباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1423هـ-2002م)، ج03، ص611.

³ النووي، روضة الطالبين، ج04، ص217، 218.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج11، ص163، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص548، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص319.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج11، ص164، والزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص319.

⁶ العيني، البناية في شرح الهداية، ج06، ص863، والنسفي، أبو البركات، عبد الله بن أحمد بن محمود، النهر الدافق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1423هـ-2002م)، ج03، ص302.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

بها باقية، فكان المشتري مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة، فلهذا كان المشترك بينهما نصفين، ثم يرجع المشتري على شريكه بثلث حصته، وتكون شركتهما في المشتري شركة ملك، فلا يملك أحدهما أن يتصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه، وإن ذكرا مجرد الشركة ولم يُنصَّ على الوكالة فيها؛ كان المشتري للذي اشتراه خاصّة؛ لأنّ بطلان الشركة أبطل ما في ضمنها من الوكالة، فإذا اشترى بعد ذلك كان مشتريا لنفسه خاصة¹.

والمالكية حين أوجبوا الضمان على ربّ المال التالف قبل الخلط قرّروا أنّ ما يُشترى بغير المال التالف يكون بين الشريكين، صاحب المال السالم وصاحب التالف؛ فإن ربحا فلهما، وإن خسرا فعليهما، بعد أن يدفع من تلف ماله ثلث حصته، لأنه اشترى بقصد الشركة²، وتضمن الشريكين هنا؛ في حالة وقوع الشراء قبل التلف، وهذا باتّفاق المالكية³، أما إذا وقع الشراء بالمال السالم بعد التلف فالمالكية⁴ لهم رأيان:

-الرأي الأول: إذا اشترى الذي سلم ماله قبل علمه بالتلف؛ فإنه يُخيَّر بين أن يختصّ به، أو يُدخل معه صاحبه الذي تلف ماله، أمّا إذا حصل الشراء بعد علمه بالتلف؛ فإنه يختصّ به، له ربحه وعليه خسارته، وهذا رأي ابن رشد الجدّ⁵.

-الرأي الثاني: إن اشترى ربّ السالم قبل علمه بالتلف فالمشتري بينهما، وإذا كان الشراء بعد العلم بالتلف؛ فإنّ الذي تلف ماله يُخيَّر بين أن يدخل مع شريكه أو يدع ما اشتراه له، ومحلّ

¹ السرخسي، المبسوط، ج11، ص164، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج04، ص411، والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص319.

² الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج06، ص41، وأحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص294، والآبي الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص174.

³ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص350.

⁴ الخرشبي، شرح الخرشبي على مختصر خليل، ج06، ص41، وأحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص294، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص350، والآبي الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص174.

⁵ هو أبو الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، قاضي الجماعة بقرطبة، من تصانيفه: كتاب المقدمات، وكتاب البيان والتحصيل، واختصار مشكل الآثار، عاش سبعين سنة، ومات سنة عشرين وخمسائة، يُنظر ترجمته: الذهبي، سير أعلام النبلاء، ج19، ص501، 502.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

التحجير إذا قال المشتري: اشتريته على الشركة، أما إذا قال: اشتريته لنفسي؛ اختصّ به اتّفاقاً، وهذا رأي عبد الحق¹، وابن يونس²، وهو الأظهر.

وهذا وإنّ المالكية اشترطوا لتضمين صاحب المال التالف قبل الخلط: كون المال التالف مما يتعلّق به حقّ توفية، فإذا كان مما لا يتعلّق به حقّ توفية فضمامه من الشريكين، سواء تلف قبل الشراء أو بعده³.

ثانياً- أثر هلاك مال الشركة في الضمان بعد الخلط:

اتّفق الفقهاء من الحنفية⁴ والمالكية⁵ والشافعية⁶ والحنابلة⁷ على أنّ هلاك مال الشركة بعد خلط المالكين يكون على الشركة، أي من ضمان الشريكين، بقدر حصة كل منهما من رأس المال، فإذا كانت حصة كلّ منهما متساوية؛ كانت الخسارة بينهما نصفين، وإذا كان

¹ هو الإمام الحافظ العلامة أبو محمد عبد الحق بن عبد الرحمان بن عبد الله بن الحسين بن سعيد الأزدي الأندلسي الإشبيلي المعروف بابن الخراط، ولد سنة 510هـ، نشأ في إشبيلية وترعرع فيها، ثم ارتحل إلى بجاية واتخذها موطناً، وولي الخطابة بجامعها، وولي قضاء بجاية مدة قليلة، روى عن شريح بن محمد وطاهر بن عطية وأبي بكر بن العربي، وروى عنه: أبو الحسن علي بن محمد المعافري، والضبي، وله تصانيف كثيرة منها: الأحكام الكبرى، والأحكام الوسطى والأحكام الصغرى، توفّي في بجاية سنة 582هـ، يُنظر ترجمته: حمدي السلفي وصبحي السامرائي، مقدمة تحقيق كتاب الأحكام الوسطى، للإمام عبد الحق الإشبيلي، مكتبة الرشد، الرياض، دط، (1416هـ-1995م)، ج01، ص52 وما بعدها.

² هو أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلّي، الإمام الحافظ النظّار، أحد أئمة الترجيح، الفقيه الفرضي، أخذ عن أبي الحسن الحصائري، وأكثر من النقل عن أبي عمران الفاسي، ألف كتاباً في الفرائض، وكتاباً حافلاً للمدونة، توفّي سنة 451هـ، يُنظر ترجمته: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، تخرّيج وتعليق: عبد المجيد خيالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج01، ص164، 165.

³ الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، ج06، ص41، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص350.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص548، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج04، ص410، والزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج03، ص319، العيني، البناية في شرح الهداية، ج06، ص862.

⁵ الخرشني، شرح الخرشني على مختصر خليل، ج06، ص41، وأحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص294، والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص350، والآبي الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص174.

⁶ الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج02، ص279.

⁷ ابن قدامة، المغني، ج05، ص119، والبُهوتي، شرح منتهى الإرادات، ج03، ص550.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أحدهما يملك ثلثي رأس المال، الآخر يملك ثلثه، كان على الأول ثلثي الخسارة، وعلى الآخر الثلث، والسبب في ضمان الشريكين ما يهلك من مال الشركة بعد خلط المالكين هو عدم تمييز مال كل منهما عن الآخر بعد الخلط؛ فكان من ضمانهما.

الفرع الثاني- أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في القانون الجزائري:

إنّ مسؤولية الشركاء في الشركات المدنية تختلف عنها في الشركات التجارية، ولكنها تخضع جميعاً للقواعد العامة التي نصّت عليها القوانين المدنية، والمفروض أنّ أموال الشركة يجب أن تُؤيّد ديونها، بوصفها الضمان العام لدائني الشركة، فإذا وُقت أموال الشركة ديونها؛ فذلك هو المطلوب، وإن لم تقاسم الغرماء أموال الشركة بنسبة ديونهم¹.

وقد نصّ المشرع الجزائري على مسؤولية الشركاء بصفة عامة في القانون المدني الجزائري؛ حيث نصّت المادة 434 من القانون المدني في فقرتها الأولى على ما يلي: "إذا استغرقت الديون أموال الشركة كان الشركاء مسؤولين عن هذه الديون في أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى، ويقع باطلاً كل اتفاق يعفي الشريك من المسؤولية عن ديون الشركة"².

فقد يقتصر عقد الشركة على تعيين نصيب الشريك في الربح وحده، فعندها يكون نصيبه في الخسارة معادلاً لنصيبه في الربح ولو لم يكن متناسباً مع قيمة حصّته في رأس المال؛ لأنّ تعيين النصيب في الربح قرينة على أنّ هذا هو النصيب في الخسارة أيضاً، إذ الربح يُقابل الخسارة، ما دام عقد الشركة لم ينص على خلاف ذلك³.

ونصّت المادة 434 في فقرتها الثانية على ما يلي: "وعلى كلّ حال يكون لدائني الشركة الحق في مطالبة الشركاء كلٌّ بقدر الحصّة التي تُخصّصت له في أرباح الشركة"⁴.

¹ عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 288.

² الأمر 75-58، سبق ذكره.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 05، ص 281.

⁴ القانون المدني، سبق ذكره.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وعليه فلا يجوز أن تُوزَّع الأرباح قبل توفية الديون التي على الشركة، وإلا كان ذلك إثراء للشركاء على حساب الدائنين، وذلك تطبيقاً لقاعدة منع الإثراء بلا سبب¹.

وذكرت المادة 435 من القانون المدني أنه: " لا تضامن بين الشركاء فيما هم مسؤولين عنه من ديون الشركة، إلا إذا وُجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، غير أنه إذا أعسر أحد الشركاء، وُزعت حصته في الدين على الآخرين كلٌّ بقدر نصيبه في تحمّل الخسارة"².

هذا في غير شركة التضامن؛ أمّا في شركة التضامن فيجوز للدائنين أن يعودوا على أيّ شريك من شركاء التضامن بالدين كله، وإذا أعسر أحد الشركاء رجع الدائنون على بقية الشركاء كلٌّ بقدر نصيبه في تحمّل الخسارة، وذلك ما لم يتفق الشركاء على نصيب كلّ منهم من الدين؛ فإذا وُجد اتفاق جرى توزيع سداد الديون بحسب ذلك الاتفاق³.

وقد يكون للشركاء دائنون شخصيون، وليس لدى الشريك مال خاص يُمكن الدائن من استيفاء دينه منه، إلا في حصة الشريك من رأس مال الشركة ونصيبه من الأرباح فيها، فللدائنين -عند قيام الشركة- أن يتقاضوا ديونهم من نصيب ذلك الشريك في الأرباح دون رأس المال، ولهم أن يتقاضوا ديونهم من نصيب مدينهم في أموال الشركة بعد تصفيتها وطرح ديونها، ولهم توقيع الحجز التحفظي على نصيب مدينهم قبل التصفية⁴.

ومسؤولية الشركاء في القانون التجاري لها اعتباران: اعتبار شخصي، واعتبار مالي، ففي شركات الأشخاص القائمة على الاعتبار الشخصي يسري عليها مبدأ المسؤولية التضامنية للشركاء، بينما في شركات الأموال القائمة على الاعتبار المالي يسري عليها نوع معين من المسؤوليات، وهي المسؤولية المحدودة أو المنفردة⁵.

وعليه سنتناول الكلام عن المسؤوليتين التضامنية والمحدودة للشركاء؛ في العنصرين الآتيين:

¹ عبد العزيز الحياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 289.

² الأمر 75-58، سبق ذكره.

³ عبد العزيز الحياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ج 01، ص 289.

⁴ انظر: المادة 436 من الأمر 75-58، سبق ذكره.

⁵ ساعو فريال، وبايو رانية، المسؤولية التضامنية في الشركة، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022، ص 15.

أولاً- المسؤولية التضامنية في شركات الأشخاص:

في شركات الأشخاص يُمنح الشركاء اعتباراً خاصاً، سواءً تعلق الأمر بشركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة أو شركة المحاصة، والمعايير المعتمدة تختلف هاهنا؛ كمعيار الثقة أو الكفاءة أو الخبرة في معرفة الأمور التجارية والقدرات المالية لمواجهة كافة الأعباء التي تُرتبها الالتزامات المنبثقة عن التعامل في إطار الشركة، حيث أنّ الشركاء تربطهم علاقة انسجام وتفاهم قوية؛ فهم كالأُسرة الواحدة¹.

وليس هناك أثر لتحديد المسؤولية التي تترتب على الشركاء في الشركات التي تقوم على الاعتبار الشخصي؛ إذ الهدف تجسيد عنصر التكافل والتضامن بين الشركاء في تحمل مسؤولية الوفاء بديون الشركة²، ولقد أكّدت المادة 551 من القانون التجاري على مبدأ المسؤولية التضامنية في هذا النوع من الشركات، حيث جاء فيها:

"للشركاء بالتضامن صفة التاجر وهم مسؤولون من غير تحديد وبالتضامن عن ديون الشركة"³.

إنّ تطبيق مبدأ التضامن في المسؤولية المترتبة عن ديون الشركة لها ما يُبرّرها من بروز الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص، لأنّ عنصر الثقة والائتمان لهما دورٌ في الربط بين الشركاء، حيث يتحمل المسؤولية كل شخص وبالتضامن مع بقية الشركاء، فيما بينهم أو تجاه الغير المتعامل مع الشركة⁴.

وهذه المسؤولية التضامنية بين الشركاء تُعتبر من النظام العام الذي لا يجوز مخالفته أو الاتفاق على خلافه، كالاتفاق على إعفاء أحد الشركاء من هذه المسؤولية؛ فإنّ ذلك يُعدّ اتفاقاً باطلاً، لأنّ الشركة أُسّست على التكافل، وهذا ما يستدعي الاستمرار في القيام بنشاطها وفق التضامن إلى غاية انقضائها⁵.

¹ عليان دهبية، الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص-مظاهره وآثاره، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2021، ص02.

² أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 2006م، ص159.

³ الأمر رقم 75-59، سبق ذكره.

⁴ عليان دهبية، الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص، ص109.

⁵ غطاشة أحمد عبد اللطيف، الشركات التجارية، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999م، ص95.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وهذا التضامن في سداد الديون هو خاص بديون الغير تجاه الشركة، أمّا ديون الشركاء قبل بعضهم البعض فلا تضامن بينهم، وإذا قام أحد الشركاء بالوفاء بديون الشركة له أن يرجع بما وفّاه على الشركة أو على بقية الشركاء، كلٌّ بقدر نصيبه في الديون، كما يتحمّل إعسار الشركاء بقية الشركاء، كلٌّ بقدر حصّته، والشريك يُسأل عن ديون الشركة مسؤولية شخصية كأنها ديونه الخاصة، أي أنّ مسؤوليته لا تتحدّد بما قدّمه من حصّة في رأس المال؛ بل تتعدّاه إلى أمواله الخاصة¹.

ثانياً- المسؤولية المحدودة في شركات الأموال:

في هذا النوع من الشركات يكون الاعتبار للأموال التي تقوم عليه الشركة وليس للأشخاص المساهمين فيها، فرأس مال الشركة هو الضمان القانوني الوحيد للوفاء بديونها، والاعتبار المالي سمة بارزة تظهر عند قيام الشركة بنشاطها، فللشريك أن يُخضع أسهمه للتداول والتنازل عليها دون اشتراط موافقة باقي الشركاء².

وقد نصّ المشرّع الجزائري عند تعريفه لأحد أشكال شركات الأموال، ويتعلق الأمر بشركة المساهمة، حيث جاء في المادة 592 من القانون التجاري: " شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى أسهم، وتتكون من شركاء لا يتحملون الخسائر إلا بقدر حصّتهم. ولا يمكن أن يقلّ عدد الشركاء عن سبعة (7) "³، فالاعتداد بالشخص من حيث التعداد وليس من حيث تحمله للمسؤولية بصفة تضامنية مع بقية الشركاء⁴.

وأبرز ما يميّز شركة المساهمة باعتبارها شركة أموال، هو مسؤولية الشريك المساهم فيها بقدر نصيبه من الأسهم فقط، فلا تتعدّى مسؤوليته هذا القدر من المال، وإذا كانت ديون الشركة أكثر من قيمة الأسهم فلا يُسأل الشركاء المساهمون في أموالهم الخاصة، ولا تضامن بين المساهمين في استيفاء ديون الشركة⁵.

¹ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ص311.

² بن دراج محمد سنوسي، وبونوة محمد، الاعتبار الشخصي والمالي للشركة التجارية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الحلقة، 2020، ص39.

³ المرسوم التشريعي رقم 08-93، سبق ذكره..

⁴ ساعو فريال، وبايو رانية، المسؤولية التضامنية في الشركة، ص23.

⁵ سميحة القليوبي، الشركات التجارية، ص592.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

وتسري المسؤولية المحدودة على شركات الأموال، سواء كانت في شكل شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة التوصية بالأسهم، بالنسبة للشريك الموصي، ومسؤولية الشركاء في هذا النوع من الشركات ليست تضامنية، وإنما بقدر حصتهم في الشركة، ولا يُسأل الشريك إلا في حدود حصته، حتى ولو كانت ديون الشركة تفوق قيمة حصته¹.

الفرع الثالث- المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة:

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي أنّ كلّ شريك أيّاً كانت حصته يتحمّل جزءاً من الخسارة، فهي موزعة بين الشركاء عملاً بالمبدأ الشرعي "الغرم بالغنم"، ويلتقي القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط تحمل الشريك جزءاً من الخسارة²، استناداً إلى وجود نيّة الاشتراك الذي يُعدُّ ركناً من أركان الشركة، وهذه النيّة مفادها الرغبة في تحصيل الربح، مع الاستعداد لتحمل جزء من الخسارة³.

إلا أنّ هذه القاعدة لها استثناء في الفقه الإسلامي، فالشريك بالعمل في شركة المضاربة لا يتحمل الخسارة؛ لأنه لم يُقدّم سوى عمله، والعمل شيء معنوي يصعب تقدير الخسارة فيه، لكنه مع ذلك قد ضاع منه نتيجة عمله وثمرته جهده، فهو يشارك في تحمل الخسارة بطريقة غير مباشرة، وهذا ما قرره القانون من جواز إعفاء الشريك بالعمل من المساهمة في الخسائر، بشرط عدم تقرير أجرة ثمن عمله⁴.

هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في عدم جواز الاتفاق على إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر.

في القانون المدني الجزائري مبدأ عام وهو أنّ الشركاء مسؤولون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، كلّ منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة

¹ عمرون محمد، الاعتبار الشخصي والمالي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مذكرة ماستر، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2017، ص36.

² نصت الفقرة الثانية من المادة 416 من القانون المدني الجزائري على أنّ: "الشركاء يتحملون الخسائر التي قد تنجرّ عن ذلك"، انظر: القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988م، يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، مؤرخة في 04 مايو 1988م.

³ سنينة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ص182.

⁴ الفقرة الثانية من المادة 426 من القانون المدني الجزائري، سبق ذكره.

الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

أخرى، وهذا هو الرأي المقرّر عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، الذين جعلوا هلاك مال الشركة بعد خلط المال على الشركة، أي من ضمان الشركاء، كلٌّ بقدر حصة من رأس المال.

إلا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لا يُجيزون الاتّفاق على توزيع نسبة الخسائر على غير قدر رأس المال، أي أنّ الخسارة عندهم تكون على قدر رأس المال، واشتراط خلاف ذلك يجعل الشرط فاسدا لا نفاذ له، فالشرط باطل والعقد صحيح¹.

وبخصوص المسؤولية الشخصية التضامنية غير المحدودة التي لها علاقة بشركات الأشخاص، رأينا في القانون أنّها تقوم على ثلاثة أسس: - كلّ شريك ضامن لديون الشركة، - للدائن الحقّ في مطالبة أي شريك للوفاء بدين الشركة، - للشريك الذي وُقّي بالدين أن يعود على بقية الشركاء بنسبة ما تحمّله،

وهذه الأسس عند مقابلتها بخصائص الشركة في الفقه الإسلامي يتبيّن أنّها تتوافق مع شركة المفاوضة في الفقه الحنفي والمالكي والحنبلي، فهي تتفق مع قواعد شركة المفاوضة، وتختلف عن شركة العنان؛ لأنّها تقوم على الوكالة لا على الكفالة، ولا تتفق مع شركتي الوجوه والأعمال؛ لأنهما لا يوجد فيهما مال حتّى تصحّ الكفالة فيهما، فشركة الوجوه مبنية على الوجهة، وشركة الأعمال تقوم على مبدأ تقبّل الأعمال.

¹ علي الحفيف، الشركات في الفقه الإسلامي - بحوث مقارنة، ص 74.

الفصل الرابع

أثر هلاك المعقود عليه في السلم^١ والاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: أثر هلاك المعقود عليه في السلم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المبحث الأول

أثر هلاك المعقود عليه في عقد السلم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على مطلبين:

- المطلب الأول: مفهوم السلم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.
- المطلب الثاني: أثر هلاك المسلم فيه في عقد السلم في القانون الجزائري.

المطلب الأول - مفهوم السلم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول - مفهوم السلم في الفقه الإسلامي:

يتم التطرق في هذا الفرع لتعريف السلم في اللغة، وفي الاصطلاح الشرعي، ثم بيان أدلة مشروعية السلم من الكتاب الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع:

أولاً - تعريف السلم في اللغة:

السَّلْمُ لُغَةً بَفَتْحَتَيْنِ: السَّلْفُ وَزَنْأً وَمَعْنَى، يُقَالُ: سَلِمَ وَأَسْلَمَ وَسَلَفَ وَأَسْلَفَ بِمَعْنَى وَاحِدٍ، إِلَّا أَنَّ السَّلْفَ يَكُونُ قَرْضًا، قِيلَ: وَهُوَ لُغَةٌ أَهْلِ الْعِرَاقِ، وَالسَّلْفُ لُغَةٌ أَهْلِ الْحِجَازِ¹.
وَالسَّلْمُ مَعْنَاهُ: الْإِعْطَاءُ وَالذَّفْعُ وَالتَّرْكَ وَالتَّسْلِيفُ²، وَالسَّلْفُ -بَفَتْحَتَيْنِ- نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ يُعَجَّلُ فِيهِ الثَّمَنُ وَتُضْبَطُ السَّلْعَةُ بِالْوَصْفِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ³.

ثانياً - تعريف السلم في الاصطلاح: اختلف فقهاء المذاهب في تعريفهم لعقد السلم، وسبب اختلافهم يعود إلى الشروط المعتمدة عندهم، وقد جاءت تعريفاتهم على النحو التالي:

أ- عرّفه الحنفية بقولهم: " يبيع آجلٍ بعاجلٍ؛ أو: يبيع الدين بالعين، فهو عبارة عن نوع بيع معجلٍ فيه الثمن "4.

ب- أمّا المالكية فقد عرّفوه بأنّه: " عقد معاوضة يُوجب عمارة ذمّة بغير عين ولا منفعة، غير متماثل العوضين "5.

ج- يُعرّف الشافعية السلم بأنه: " عقدٌ على موصوف في الذمّة يبدل يُعطى آجلاً"، وقيل: "إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمّة"، وقيل: " تسليم عاجل في عوض لا يجب تعجيله "6.

¹ الأزهرى، أبو منصور، محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: أحمد عبد العليم البردوني، الدار المصرية للتأليف والترجمة، دط، دت، ج12، ص448، والجوهرى، إسماعيل بن حماد، الصحاح: تاج اللغة العربية وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، (1409هـ-1990م)، ج05، ص1950.

² ابن منظور، لسان العرب، ج03، ص2077 وما بعدها.

³ الرازى، مختار الصحاح، ص130.

⁴ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص99، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج07، ص454.

⁵ الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج07، ص476.

⁶ النووي، روضة الطالبين، ج03، ص242.

د- وعند الحنابلة هو: " تسليم عين حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل "1، أو هو: " عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد "2.

ومن خلال النظر في عبارات فقهاء المذاهب في تعريفهم لعقد السلم يظهر لنا أنها وإن كانت صياغتها متباينة؛ إلا أنها تتفق في إطلاق لفظ العقد أو البيع على السلم، وأنّ السلم عملية مبادلة ثمن بعوض مبيع، وهذا المبيع مؤجل، والثمن مقدّم، كما أنّ التعريفات تتفق في وصف المسلم فيه بالقدر الذي يزيل عنه الجهالة، وأنّ هذا المسلم فيه ثابت في الذمة، والخلاف بينهم منحصر في القيود والضوابط التي وضعها كلّ مذهب في باب السلم.

ثالثاً- مشروعية السلم في الفقه الإسلامي:

يستدل لمشروعية عقد السلم بالكتاب والسنة النبوية والإجماع والمعقول:

أ- دليل مشروعية السلم من القرآن:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾

البقرة: 282.

ووجه الدلالة من الآية: أنّ هذا عامٌّ في السلف وغيره³، والآية أصلٌ في مسائل البيوع وكثيرٍ من الفروع، والدّين فيها عبارةٌ عن كلّ مُعاملةٍ كان أحدُ العوضين فيها نقدًا، والآخر في الذمة نسيئة⁴.

ب- دليل مشروعية السلم من السنة النبوية:

عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «قَدِمَ النَّبِيُّ ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِفُونَ بِالتَّمْرِ السَّنَتَيْنِ

والتَّلَاثَ، فَقَالَ: مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ، فَفِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزَنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ»⁵.

¹ ابن قدامة، المغني، ج04، ص312.

² البهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج08، ص85.

³ الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي الرازي، شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، (1431هـ-2010م)، ج03، ص134.

⁴ ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م)، ج01، ص327.

⁵ أخرجه البخاري، كتاب: السلم، باب: السلم في وزن معلوم، حديث رقم: 2240، صحيح البخاري، ص534، واللفظ له، ومسلم، كتاب: المساقاة، باب: السلم، حديث رقم: 1604، صحيح مسلم، ج03، ص1226، 1227.

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ السلف هو السلم وزناً ومعنى¹.

ج- مشروعية السلم من الإجماع:

انعقد الإجماع على جواز السلم².

د- مشروعية السلم من المعقول:

معلوم أنّ المثمن في البيع أحد عوضي العقد؛ فجاز أن يثبت في الذمة كالثمن؛ ولأنّ حاجة الناس إليه قائمة؛ لأنّ أرباب الزروع والثمار والتجارات في حاجة للنفقة على أنفسهم وعليها لتكامل، وقد تُعوّزهم النفقة؛ فرخص لهم في السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص³.

رابعاً- أركان عقد السلم وشروطه في الفقه الإسلامي:

أ- أركان عقد السلم في الفقه الإسلامي:

لا بُدّ لكلّ عقد من أركان يقوم عليها، ولا يتمّ العقد إلا بها، وقد ذهب جمهور الفقهاء من المالكية⁴ والشافعية⁵ والحنابلة⁶ إلى أنّ أركان السلم ثلاثة:

1- الصيغة: وهي الإيجاب القبول.

2- العاقدان: وهو المسلم، والمسلم إليه.

3- المحل: وهو رأس المال، والمسلم فيه.

وعند الحنفية⁷ ركنه: لفظ السلم والسلف والبيع، بأن يقول ربّ السلم: أسلمت إليك في كذا أو أسلفت.

¹ الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، ج03، ص115.

² الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص390، وابن قدامة، المغني، ج04، ص312.

³ ابن قدامة، المغني، ج04، ص312.

⁴ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص170، 172.

⁵ النووي، كتاب المجموع شرح المهذب، ج09، ص174.

⁶ البهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج07، ص297.

⁷ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص100.

ب- شروط عقد السلم في الفقه الإسلامي:

ونذكر منها ما هو مجمع عليه؛ وهي¹:

1- أن يكون الثمن، والمثمنون مما يجوز فيه النساء، وامتناعه فيما لا يجوز فيه النساء، وذلك إما اتفاق المنافع على ما يراه مالك رحمه الله، وإما اتفاق الجنس على ما يراه أبو حنيفة، وإما اعتبار الطعم مع الجنس على ما يراه الشافعي في علة النساء.

2- أن يكون مقدرا إما بالكيل، أو بالوزن، أو بالعدد إن كان مما شأنه أن يلحقه التقدير، أو منضبطا بالصفة إن كان مما المقصود منه الصفة.

3- أن يكون موجودا عند حلول الأجل.

4- أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيدا، لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ، هذا في الجملة.

وشروطه عن المالكية². ستة وهي: تسليم رأس المال، وأن يكون المسلم فيه ديناً، وأن يكون مؤجلاً، وأن يكون مقدورا على تسليمه، وأن يكون معلوم المقدار، وأن يكون معروف الأوصاف.

الفرع الثاني - مفهوم السلم في القانون الجزائري:

ليس هناك نص خاص بعقد السلم في القانون المدني الجزائري، والتعامل به غير محظور. والسبب في ذلك أنّ التشريعات التي لم تنظم بيع السلم أجازت التعامل في الأشياء المستقبلية بيعا وشراء، ما دامت محتملة الوجود، فيجوز بيع المحصولات المستقبلية وبيع المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة والمتفاوتة والمذروعات وغير ذلك، حتى ولو كانت غير موجودة في الحال، ما دامت توجد في المستقبل، والبيع على هذا النحو يخضع للقواعد العامة، فلا يُشترط فيه قبض الثمن في المجلس، كما يُشترط ذلك في الفقه الإسلامي، وذلك لأنّ قواعد القانون تحتمل من الغرر ما لا يحتمله مبادئ الفقه الإسلامي³.

¹ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج 02، ص 202.

² الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج 07، ص 476.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 04، ص 223، ومحمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ص 47.

وقد نصّت المادة 92 من القانون المدني الجزائري- في فقرتها الأولى- على أنه : " يجوز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"¹.

ومع ذلك فقد أورد المشرّع الجزائري تعريفا لعقد السلم في نظام وتعليمية، أمّا النظام: فقد جاء ذكر تعريف السلم في نص المادة التاسعة (9) منه: "السلم هو عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تُسلم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدّفع الفوري والنقدي"².

وأما التعليمية فقد أعاد المشرّع الجزائري نفس التعريف المذكور سلفا في نص المادة 36 منها³.

وهذا التعريف الذي أورده المشرّع في النظام 20-02 والتعليمية 03-2020 خاص بعقد السلم المطبق في العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، وليس تعريفا عاما شاملا، فلقد خصّص المشرّع ثمان (08) مواد للحديث عن أحكام السلم وموضوعه وكيفية التسليم، وتحديد الثمن، والسلم الموازي، وفسخ السلم، وإعادة بيع السلعة موضوع السلم، وغيرها من الأحكام، وهذه المواد كلها تتناول تطبيق السلم في الصيرفة الإسلامية، من المادة 36 إلى المادة 43 من التعليمية 03-2020.

بخلاف بعض التشريعات العربية التي تناولت بيع السلم بالتفصيل، ففي القانون السوداني تمّ تعريف السلم في المادة 217 كالتالي: " السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل"⁴. ونفس التعريف ورد في القانون الأردني⁵، كما ورد في تقنين الموجبات والعقود اللبناني تعريف السلم كما يلي: " بيع السلم هو عقد بمقتضاه يُسلف أحد الفريقين الآخر، مبلغا معيناً

¹ الأمر 75-58، سبق ذكره.

² نظام رقم 20-02 مؤرخ في 15 مارس 2020، يُحدّد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

³ التعليمية رقم 03-2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحدّدة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

⁴ قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.

⁵ المادة 532 من القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976م.

من النقود، فيلزم هذا الفريق ذلك أن يُسَلَّم إليه كمية معينة من المواد الغذائية أو غيرها من الأشياء المنقولة في موعد يتفق عليه الفريقان، ولا يثبت هذا العقد إلا كتابة¹.

وأيضاً جاء تعريف السلم في قانون العقود والالتزامات المغربي؛ حيث نصت المادة 613 على أن: " السلم عقد بمقتضاه يُعجَّل أحد المتعاقدين مبلغاً للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه، ولا يجوز إثبات بيع السلم إلا بالكتابة"².

المطلب الثاني- أثر هلاك المسلم فيه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- أثر هلاك المسلم فيه في عقد السلم في الفقه الإسلامي:

المعقود عليه في عقد السلم هو: المسلم فيه (المبيع)، ورأس مال السلم (الثمن)، وستناول الحديث عن أثر هلاكهما في العنصرين التاليين:

أولاً- أثر هلاك المسلم فيه (المبيع): إذا انقطع المسلم فيه فلم يوجد، وكان وجوده متعذراً عند حلول الأجل، سواء كان انقطاع المسلم فيه كلياً أو جزئياً؛ فإن فقهاء المذاهب اختلفوا على ثلاثة أقوال:- **القول الأول:** يرى أصحابه أن عقد السلم لا يفسخ، والمسلم بالخيار: إن شاء فسخ السلم، واسترد رأس ماله إن كان باقياً أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفاً، وإن شاء صبر حتى يوجد المسلم فيه؛ فيأخذه حينئذ، وهذا مذهب الحنفية³، والمالكية⁴، والشافعية في الأظهر⁵، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم⁶.

¹ قانون رقم 0 المؤرخ في 09 مارس 1932، المتضمن قانون الموجبات والعقود اللبناني، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، العدد 2642، مؤرخة في 11 أبريل 1932.

² قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331هـ، الموافق لـ 12 أوت 1913.

³ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج05، ص228، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج07، ص459.

⁴ ابن الحاجب المالكي، جمال الدين بن عمر، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمان الأخضر الأحمري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط1، (1419هـ-1998م)، ص372، وابن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص452.

⁵ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص81، والنووي، روضة الطالبين، ج03، ص252.

⁶ المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج05، ص90، والحجاوي المقدسي، شرف الدين، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الملك عبد العزيز، الرياض، ط3، (1423هـ-2002م)، ج02، ص295، 296.

واشترط المالكية¹ لتخيير المشتري (المُسلم) بين الفسخ وأخذ رأس ماله؛ وبين الإبقاء لِقابِلٍ: أن لا يكون المشتري قد فرّط وتأخّر في أخذ المُسلم فيه حتى انقطع، فينبغي عدم تخييره، ويتعين البقاء حتى يوجد المسلم فيه؛ لظلمه للمُسلم إليه بالتأخير؛ فتخييره زيادة ظلم. وهذا فيما إذا كان انقطاع المُسلم فيه انقطاعاً كلياً، أما إذا كان الانقطاع جزئياً؛ فإنّ الذين نصّوا على هذا الحكم - وهم المالكية والشافعية والحنابلة - انقسموا إلى فريقين: - فذهب المالكية² إلى أن المسلم إذا قبض البعض، ثم انقطع باقيه فإنه يجب التأخير إلى أن يوجد المسلم فيه، إلا أن يرضى العاقدان بالفسخ والمحاسبة. - وذهب الشافعية³، والحنابلة⁴ إلى أنّ للمُسلم الخيار بين الفسخ، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه، وأما إذا أراد المسلم الفسخ في القدر المنقطع فقط، والإجازة في الباقي؛ فرأى الشافعية في الأصح عندهم، والحنابلة في وجه أنه لا يملك ذلك، ورأى الشافعية في قول والحنابلة في الصحيح من مذهبهم أنه يملك ذلك.

ولقد وجّه أصحاب القول الأول رأيهم بتوجيهات منها:

- أنّ المعقود عليه دين ثابت في الذمة، وهي باقية؛ فيبقى الدّين بقاء محلّه، إلا أنّ التسليم تأخّر؛ لرجاء وجوده، بخلاف العين المبّعة في عقد البيع؛ فإنّ في هلاكها فوات محلّ العقد⁵. - انقطاع المُسلم فيه صيرّ المسلم إليه عاجزاً عن تسليمه؛ فيكون المُسلم بالخيار، قياساً المشتري المفلس بالثمن، فإنّ عقد البيع لا يفسخ، والخيار ثابتٌ للبائع⁶.

¹ الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، ص214.

² ابن الحاجب، جامع الأمهات، ص372، والآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ج02، ص108.

³ الماوردي، الحاوي الكبير، ج05، ص394.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج04، ص334، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج05، ص91.

⁵ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص79.

⁶ البغوي، أبو محمد، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج03، ص575، والشريبي، شمس الدين، محمد بن محمد الخطيب، الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1425هـ-2004م)، ج02، ص48، والتنوخي الحنبلي، زين الدّين المنجي بن عثمان بن أسعد، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهب، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط3، (1424هـ-2003م)، ج02، ص537.

-ولأنّ عقد السلم قام صحيحاً، لكنّ تسليم المُسلم فيه متعذّر؛ للعجز الطّارئ المُشرفِ على الزوال، فيثبت للمسلم الخيار، كما لو أبقَ العبد المبيع قبل قبضه¹.
-وقد ذكر صاحب البدائع كلاماً نفيساً في توجيه هذا الرأي فقال: " ولو كان موجوداً عند العقد، ودام وجوده إلى محلّ الأجل فحلّ الأجل ولم يقبضه، حتى انقطع عن أيدي الناس لا يفسخ السلم، بل هو على حاله صحيح؛ لأنّ السلم وقع صحيحاً لثبوت القدرة على التسليم؛ لكون المسلم فيه موجوداً وقت العقد ودام وجوده إلى محلّ الأجل، إلا أنّ عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضية حدوث القدرة ظاهراً بالوجود، فكان في بقاء العقد فائدة، والعقد إذا انعقد صحيحاً يبقى لفائدة محتملة الوجود والعدم على السواء؛ كبيع الأبق إذا أبق قبل القبض، فلاّن يبقى لفائدة عود القدرة في الثاني ظاهراً أولى، لكن يثبت الخيار لربّ السلم إن شاء فسخ العقد، وإن شاء انتظر وجوده؛ لأنّ الانقطاع قبل القبض بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض، وأنه يوجب الخيار"².

-**القول الثاني:** يرى أصحابه أنّ انقطاع جميع المُسلم فيه يوجب انفساخ عقد السلم، ويسترد المُسلم رأس ماله إن كان باقياً، أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفاً، وهذا مذهب زُفر من الحنفية³، وأشهب⁴ من المالكية⁵، وهو قول عند الشافعية⁶، ووجه عند الحنابلة⁷.

¹ المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج05، ص228، 229، وابن قدامة، المغني، ج04، ص333.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص139.

³ السرخسي، المبسوط، ج12، ص135، والعيّني، البناية في شرح الهداية، ج07، ص433، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص79.

⁴ هو أبو عمر أشهب بن عبد العزيز بن داود القيسي العامري المصري، الشيخ الفقيه، ولد سنة 140هـ، انتهت إليه رئاسة مصر بعد موت ابن القاسم، روى عن الليث والفضيل بن عياض ومالك وبه تفقه، توفي بمصر سنة 204هـ. يُنظر: محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ج01، ص59.

⁵ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص205، وابن جزّي الغرناطي، القوانين الفقهية، ص452.

⁶ الغزالي، الوسيط في المذهب، ج03، ص430، والزّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج04، ص194.

⁷ الكلوذاني، أبي الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن، الهداية على مذهب الإمام أحمد، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع والدعاية والإعلان، الكويت، ط1، (1425هـ-2004م)، ص255، وابن قدامة، موفق الدين، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد، المقنع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، (1415هـ-1995م)، ج12، ص275، وابن مفلح المقدسي، شمس الدين، محمد، كتاب الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م)، ج06، ص328.

ويترتّب على هذا القول عند الشافعية¹، وعلى هذا الوجه عند الحنابلة² في حالة انقطاع بعض المسلم فيه؛ أنّ السلم يفسخ في القدر المنقطع، وللمسلم الخيار في الباقي: إن شاء فسخه، وإن شاء أخذه مع حصّته من رأس المال.

وقد علّل أصحاب هذا القول رأيهم بعدة تعليلات؛ منها:

1- انقطاع المسلم فيه جعل المسلم إليه عاجزا عن التسليم، فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في بيع العين³.

2- ولأنّ المسلم فيه (المعقود عليه) من ثمرة هذا العام؛ بدليل وجوب التسليم منها، فإذا هلكت انفسخ العقد؛ كما لو اشترى قفيزا من صبرة فهلكت⁴.

3- وقياسا على الفلوس التي كسدت بعد الشراء وقبل القبض؛ فإنّ العقد يبطل فكذلك الأمر هنا⁵.

-القول الثالث: لا يفسخ السلم، وليس للمسلم أخذ الثمن، ويجب عليه الصبر والتأخير إلى العام القابل، سواء انقطع كل المسلم فيه أو بعضه، وهذا قول سحنون⁶ من المالكية⁷.

¹ الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز، ج04، ص142، والنووي، روضة الطالبين، ج03، ص90،89.

² ابن قدامة، المغني، ج04، ص334، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج05، ص91، والبُهوتي، كشّاف القناع عن الإقناع، ج08، ص114.

³ السرخسي، المبسوط، ج12، ص135، والعيّني، البناية في شرح الهداية، ج07، ص433، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص79.

⁴ الشيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص81، وابن قدامة، المغني، ج04، ص333.

⁵ السرخسي، المبسوط، ج12، ص135، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص79.

⁶ هو الإمام، العلامة، الفقيه، أبو سعيد عَبْدُ السَّلَامِ بْنُ حَبِيبِ بْنِ التَّنُوخِيِّ، الْقَيْرَوَانِيُّ، المالكي، قاضي القيروان، وراوي المدونة عن ابن القاسم عن مالك، لُقّب بسحنون، لازم عبد الرحمن بن القاسم وابن وهب حتى نبغ في المذهب، أخذ عنه بقي بن مخلد وأشهب وعدد كثير من الفقهاء، توفي 240هـ، يُنظر: القاضي عياض، أبو الفضل، ابن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1970م، ج04، ص45. وابن فرحون المالكي، برهان الدين اليعمري، إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المهذّب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمّد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، دط، ج02، ص30.

⁷ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج02، ص205، وابن الحاجب المالكي، جامع الأمهات، ص372، وابن جزري الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ص452.

يمكن مناقشة توجيهات أصحاب القول الثاني كالاتي:

- قياس انقطاع المسلم فيه على هلاك المبيع قبل قبضه قياس مع الفارق، لأن العجز عن تسليم المسلم فيه على شرف الزوال، لأن لإدراك المسلم فيه كالزروع والثمار، أو انا معلوما، وكذلك لإدراك غيرها أون يكثر وجودها فيه من السنة، فيُحَيَّر ربّ السلم بين التأخير وبين الفسخ وأخذ رأس ماله، وهذا بخلاف هلاك المبيع قبل قبضه، فلم يكن للقدرة على التسليم أون معلوم؛ فهذا يبطل العقد¹.

- وكذا القياس على ما إذا اشترى بفلوس ثم كسدت قبل القبض؛ لأنّ الفلوس أثمان ولا وجود لها بعد الكساد؛ لأنّ ما يكسد من الفلوس لا يروج بعد ذلك، أو لا يُعلم أون رواجه؛ فلم يكن للقدرة على التسليم أون معلوم².

- والقول بأنّ المعقود عليه في السلم هو ثمرة هذا العام، غير صحيح؛ لأنّ المعقود عليه في ذمة المسلم إليه، بدليل أنّهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غير ثمرة العام جاز، فلو أسلم إليه في ثمرة عامين، فقدّم في العام الأول ما يجب له في العام الثاني جاز، وما في الذمة لم يتلف وإنما تأخّر³، وأما إجبار المسلم على دفع ثمرة العام؛ فلأنّها على صفة ما وقع عليه العقد، وقد تمكّن المسلم من الدفع منها، فهي ليست متعيّنة⁴.

ولعل رأي جمهور الفقهاء (من الحنفية، والمالكية، والشافعية في الأظهر، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم) الذي قرّر تحيير المسلم بين الفسخ واسترداد رأس ماله وبين الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه؛ قد قصد الفقهاء من ورائه ملمحا هاماً؛ وهو ما قد يلحق المسلم من ضرر نتيجة تعطيل رأس ماله انتظاراً لما يتسلمه في المستقبل، وأنّ الفسخ يُضَيِّع عليه مقصوده، في حين لم يُمنح هذا الحقّ للمسلم إليه؛ لانعدام ذلك في حقه⁵.

¹ السرخسي، المبسوط، ج12، ص136، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص80،79.

² السرخسي، المبسوط، ج12، ص136، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص80،79.

³ الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج02، ص81، وابن قدامة، المغني، ج04، ص333.

⁴ ابن قدامة، المغني، ج04، ص333، والتنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، ج02، ص537.

⁵ وليد مصطفى شاويش، بيع السلم بين الفقه الإسلامي والفكر الاقتصادي الوضعي، دار الفتح للدراسات والنشر،

عمان، الأردن، ط1، (1435هـ-2014م)، ص222.

وترجيح هذا الرأي يتوافق مع حكمة مشروعية السلم، والتي هي ارتفاق المشتري بالاسترباح، والمشتري هو الذي يُقدّر بقاء الاسترباح من زواله، فإن رأى مصلحته في الإبقاء على العقد والحصول على المبيع المُسلم فيه فله ذلك، وإن رأى مصلحته في فسخ العقد والرجوع برأس المال؛ وجب تمكينه منه دفعا للضرر عن نفسه، لأنّ إجباره على الفسخ أو على الصبر والتأخير كما قرّر أصحاب القول الأول والثاني، يُفوّت عليه مصلحته؛ فيقع الحكم على خلاف مقصود الشارع، وهذا ما لا ينبغي المصير إليه، ثمّ إنّ فسخه للعقد ورجوعه بالثمن لا يمنع من مطالبة البائع (المُسلم إليه) بالتعويض متى كان عدم التسليم راجعا إلى خطأ هذا الأخير¹.

كما أنّ القول بعدم انفساخ السلم، وإثبات الخيار للمسلم؛ بين فسخه واسترداد رأس ماله أو بدله، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه؛ نظر إلى أنّ العقد نشأ صحيحا مستجمعا أركانه، مستوفيا شروطه؛ فلا فائدة في فسخه؛ إذ الأولى الحفاظ على الالتزامات العقدية التي قامت صحيحة، هذا من جهة، ومن ناحية أخرى؛ فإنّ إثبات الخيار للمسلم موجبُه تأخر المسلم فيه عن أوانه الذي كان يُفترض أن يوجد فيه، فالخيار يمنح المسلم فرصة الحصول على المسلم فيه بعد حلول أجله.

وفي حالة تفريط المشتري وتأخره في أخذ المسلم فيه حتى انقطع؛ فالذي يترجح هو قول المالكية الذين قرّروا عدم تخير المشتري، وإلزامه بالبقاء حتى يوجد المسلم فيه؛ لظلمه للمسلم إليه بالتأخير والتفريط في استلام المسلم فيه.

وفي حالة الانقطاع الجزئي للمسلم فيه فإنّ الرّاجح هو قول الشافعية، والحنابلة؛ الذين أثبتوا الخيار للمسلم بين الفسخ في الكل، وبين الصبر إلى أوان وجود المسلم فيه، بنفس الحثيات التي ترجح بها قول الجمهور في حالة الانقطاع الكلي للمسلم فيه.

ثانيا- أثر هلاك رأس مال السلم (الثمن): رأس الشيء أصله؛ فرأس مال السلم بمعنى أصل مال السلم، ولما كان ما يُعجّل أصلا للمسلم فيه المبيع المؤجل سُمّي رأس المال؛ فرأس المال هو العوض المعجّل في عقد السلم، ومال السلم هو المسلم فيه².

¹ عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد الربوية المصرفية، دار الصحافة للتراث بطنطا للنشر والتحقيق والتوزيع، ط1، (1413هـ-1992م)، ص85.

² الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج03، ص195.

فأُس مال السلم يُطلق على العوض أو الثمن الذي يدفعه أحد المتعاقدين عاجلا في مجلس العقد، مع تأخير المُسلم فيه إلى أجل معلوم.

والسلم نوع من أنواع البيع، ينعقد بما ينعقد به البيع، ويُشترط له ما يُشترط لعقد البيع، لكنه لما اختصَّ بحكمٍ وهو تعجيل الثمن اختصَّ باسم¹.

والفقهَاء حينما بحثوا مسألة تعيُن الدراهم، والدنانير بالتعيين، أو عدم تعيُنها بذلك، وأثر ذلك في هلاك الثمن في عقد البيع؛ لم يجعلوا تلك الأحكام مقصورة على عقد البيع؛ بل ذكروا أنّ ذلك يشمل جميع عقود المعاوضات².

وبما أنّ عقدَ السلم هو من عقود المعاوضات؛ فإنّ ما قيل عن هلاك الثمن في عقد البيع³، يُقال مثله في هلاك رأس مال السلم.

الفرع الثاني - أثر هلاك المُسلم فيه في عقد السلم في القانون الجزائري:

بالنسبة للقانون الجزائري؛ فقد سبق وقلنا أنّه لم يتعرض لتنظيم عقد السلم وأحكامه، وإنما عالج تطبيق السلم في الصيرفة الإسلامية، في التعلّيمية 03-2020، ولم يتناول مسألة هلاك المعقود عليه في عقد السلم، وعليه يجب الرجوع إلى قواعد هلاك المبيع في عقد البيع⁴، انطلاقا من أنّ المشرع الجزائري أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية بيعا وشراء، إذا كان محلّ الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج07، ص102، وابن مودود الموصلّي الحنفي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الجمهورية العربية السورية، ط1، (1430هـ-2009م)، ج02، ص81، والتوّي، أبو زكريا، محي الدين، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، (1426هـ-2005م)، ص236، وابن قدامة، المغني، ج04، ص312.

² السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص38، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج07، ص377، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج05، ص40، والبّهوتي، كشاف القناع عن الإقناع، ج08، ص114.

³ انظر، ص86 وما بعدها.

⁴ انظر، أحكام هلاك المبيع قبل القبض وبعده، في المبحث الثاني من الفصل الثاني، ص47 وما بعدها.

وقد عاجلت بعض التشريعات العربية التي نظمت السلم في قوانينها؛ مسألة هلاك المسلم فيه؛ فعلى سبيل المثال: تقنين الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني الأردني وقانون العقود والالتزامات المغربي:

- نصت المادة 492 من تقنين الموجبات والعقود اللبناني على أنه: " إذا تعذر على البائع بسبب قوة قاهرة ودون خطأ أو تأخر منه أن يُسلم ما وعد به، فللمشتري أن يفسخ العقد ويستردّ الثمن الذي أسلفه أو أن ينتظر إلى السنة التالية، وإذا عرض البائع في السنة التالية الشيء المعقود عليه للبيع، وجب على المشتري استلامه وليس له أن يفسخ العقد، ويسري هذا الحكم أيضا إذا كان المشتري قد استلم قسما من المبيع، أمّا إذا كان الشيء المتعاقد عليه غير موجود، فُتطبق أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة".

- وجاء في المادة 536 من القانون المدني الأردني: " إذا تعذر تسليم المبيع عند حلول الأجل، بسبب انقطاع وجوده لعارض طارئ، كان المشتري محيرا بين انتظار وجوده، أو فسخ البيع"¹.
- و نصت المادة 618 من قانون العقود والالتزامات المغربي على أنه: " إذا مُنع المدين، بسبب قوة قاهرة، من تسليم ما وعد به، بغير تقصير منه ولا مظل؛ كان للدائن الخيار بين فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن، وبين الانتظار حتى السنة التالية.

وفي السنة التالية، إذا وُجد الشيء المبيع، وجب على المشتري تسلّمه ولا يبقى له الحقّ في فسخ العقد، ويسري نفس الحكم إذا كان قد سبق للمشتري تسلّم جزء من المبيع، وعلى العكس من ذلك إذا لم يُوجد الشيء المبيع، تُطبق حكم الفقرة الأولى من هذا الفصل".

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في أثر هلاك المسلم فيه في عقد السلم:

بالنسبة لتعريف السلم الوارد في قوانين التشريعات العربية التي نظمت عقد السلم، مثل القانون السوداني، والقانون الأردني، وتقنين الموجبات والعقود اللبناني، وقانون العقود والالتزامات المغربي؛ فإنها في العموم متفقة في أنّ السلم بيع مال مؤجل التسليم بثمن معجل، وهذا المعنى يتوافق مع تعريف الحنفية، من أنّ السلم بيعٌ آجلٌ بعاجل، أو: بيع الدين بالعين،

¹ القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المنشور في الجريدة الرسمية رقم العدد: 1457، ويُعمل به من تاريخ

فهو عبارة عن نوع بيع معجلٍ فيه الثمن، وكذا يقترب من تعريف الحنابلة الذين عرّفوا السلم بأنه " تسليم عين حاضرة في عوض موصوف في الذمة إلى أجل "، أو هو: "عقد على موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد".

وبعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة انقطاع المسلم فيه، وبعد أن استعرضنا نصوص بعض التشريعات العربية؛ كتقنين الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني الأردني، وقانون العقود والالتزامات المغربي: يتّضح لنا أنها أخذت بقول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في الأظهر والحنابلة في الصحيح من مذهبهم القاضي بإثبات الخيار للمسلم بين فسخ السلم، واسترداد رأس ماله إن كان باقيا أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفا، أو الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه؛ فيأخذه حينئذ.

هذا إن كان انقطاع المسلم فيه انقطاعا كلياً، أمّا إذا كان الانقطاع جزئياً؛ فإنّ هاتاه التشريعات أخذت برأي الشافعية والحنابلة، الذين أثبتوا للمسلم الخيار بين الفسخ، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه.

المبحث الثاني

أثر هلاك المعقود عليه في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الثاني: هلاك الشيء المصنوع في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

المطلب الأوّل - مفهوم عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأوّل - مفهوم الاستصناع في الفقه الإسلامي:

نتعرض في هذا الفرع لتعريف الاستصناع في اللغة (أولاً)، وفي الاصطلاح الشرعي (ثانياً)، ثم بيان أدلة مشروعية الاستصناع من الكتاب الكريم، والسنة النبوية المطهرة، والإجماع (ثالثاً)، من خلال ما يلي:

أولاً - تعريف الاستصناع في اللغة:

الاستصناع لغة طلب الصنعة؛ استصنع الشيء: دعا إلى صنعه، والصناعة: حرفة الصانع، وعمله: الصنعة، والصناعة: ما تستصنع من أمر¹، والاسم الصناعة، والفاعل صانع، والجمع صنّاع²، والصنع، بضم الصاد، مصدر كقولنا: صنع إليه معروفاً، وصنع به صنيعاً قبيحاً، أي: فعّل³، واصطنع عنده صنيعاً، واصطنعه لنفسه؛ فهو صنيعته؛ إذا اصطنعه وخرجه، والتصنع: تكلف حُسن السمت، وتصنعت المرأة إذا صنعت نفسها، والمصانعة الرّشوة⁴.

ثانياً - تعريف الاستصناع في الاصطلاح:

المتمثل في كتب الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه يجد أنّ للفقهاء الجاهين بارزين في بيان المراد من الاستصناع:

- اتجاه جمهور الفقهاء، الذين يرون أنّ الاستصناع ليس عقداً مستقلاً، وإنما يندرج تحت بعض العقود المالية، كالبيع والسلم.

- اتجاه فقهاء الأحناف، الذين جعلوا الاستصناع عقداً مستقلاً بذاته، له طبيعته ومميزاته الخاصة.

وعليه يتمّ التطرّق لتعريف الاستصناع عند جمهور الفقهاء، ثمّ نتناول تعريف الاستصناع عند فقهاء الحنفية.

¹ ابن منظور، لسان العرب، ج 04، ص 2508 وما بعدها.

² الفيومي، المصباح المنير، ص 133.

³ الجوهري، الصحاح: تاج اللغة العربية وصحاح العربية، ج 03، ص 1245.

⁴ الرازي، مختار الصحاح، ص 155.

أ-تعريف الاستصناع عند جمهور الفقهاء:

عقد الاستصناع ليس عقدا مستقلا عند المالكية والشافعية والحنابلة، وإنما الحقوه بعقود أخرى، وفيما يلي ذكرٌ لبعض النصوص الفقهية الواردة في كتبهم:

1-الاستصناع عند المالكية:

بالرجوع إلى كتب المالكية نجدهم تناولوا الاستصناع عند الحديث عن السلم وشروطه وأحكامه، ففي 'المدونة' نجد في 'كتاب السلم الأول' عنوانا: 'السلف في الصناعات'، وتحت هذا العنوان نجد هذا النص: " قلت: ما قول مالك في الرجل يستصنع طستا أو تورا أو قممقا أو قلنسوة أو خفين أو لبدا أو استنحت سرجا أو قارورة أو قدحا أو شيئا مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيتهم أو أمتعتهم التي يستعملون عند الصناعات، فاستعمل من ذلك شيئا موصوفا، وضرب لذلك أجلا بعيدا، وجعل لرأس المال أجلا بعيدا، أيكون هذا سلفا، أو تفسده؛ لأنه ضرب لرأس المال أجلا بعيدا أو يكون بيعا من البيوع في قول مالك ويجوز؟ قال: أرى في هذا أنه إذا ضرب للسلعة التي استعملها أجلا بعيدا، وجعل ذلك مضمونا على الذي يعملها بصفة معلومة، وليس من شيء بعينه يربّه، يعمله منه، ولم يشترط أن يعمله رجل بعينه، وقدم رأس المال، أو دفع رأس المال بعد يوم أو يومين، ولم يضرب لرأس المال أجلا، فهذا السلف جائز، وهو لازم للذي عليه، يأتي به إذا حلّ الأجل على صفة ما وصفا"¹.

وجاء في مواهب الجليل: " والشراء من دائم العمل: كالحباز؛ وهو بيع وإن لم يدم فهو سلم، كاستصناع سيف أو سرج، وفسد بتعيين العامل منه أو العامل"².

وفي بلغة السالك: " قوله: (كاستصناع سيف) أي كما أنّ استصناع السيف والسرج سلم، سواء كان الصانع لمعقود معه دائم العمل أم لا، كأن يقول لإنسان: اصنع لي سيفاً أو سرجاً أو باباً صفته كذا بدينار؛ فلا بُدّ من تعجيل رأس المال وضرب الأجل، وأن لا يُعيّن العامل ولا المعمول منه، إلى آخر شروط السلم"³.

¹ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة الكبرى، رواية الأمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1415هـ-1994م)، ج03، ص68، 69.

² الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ج06، ص516، 517.

³ أحمد الصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ج03، ص180.

فمن خلال هاته النصوص يتبين أنّ المالكية لم يُخصّصوا بابا مستقلا للاستصناع؛ بل تناوله في باب البيع وباب السلم، كما أنهم لم يذكروا تعريفا لعقد الاستصناع، فطلب الصنعة عند المالكية دون تعيين العامل ولا المعمول منه (المادة الخام) شبيه بالسلم، يأخذ حكمه وشروطه، ولكن يُمكن استخلاص التعريف من هاته النصوص، فيقال أنّ: " الاستصناع هو بيع موصوفٌ مؤجل في الذمة بغير جنسه يشترط فيه الصُّنع"¹.

2- الاستصناع عند الشافعية:

لا نجد في كتب الشافعية بابا خاصا بالاستصناع، غير أنهم تناولوه في باب السلم، ومن نصوصهم الفقهية الدالة على هذا: جاء في كتاب الأمّ: " ولا بأس أن يسلفه في طست، أو تور من نحاس أحمر، أو أبيض، أو شبّه، أو رصاص، أو حديد، ويشترطه بسعة معروفة، ومضروبا أو مفرغا، وبصنعة معروفة، ويصفه: بالثخانة أو الرقة، ويضرب له أجلا كهو في الثياب، وإذا جاء به على ما يقع عليه اسم الصفة والشرط؛ لزمه ولم يكن له رده، قال: وكذلك كل إناء من جنس واحد ضُبطت صفته فهو كالطست والقُمقم، قال: ولو كان يضبط أن يكون مع شرط السعة وزنٌ كان أصح، وإن لم يشترط وزنا صحّ إذا اشترط سعة، كما يصح أن يبتاع ثوبا بصنعة وشيٍّ وغيره، بصفة وسعة، ولا يجوز فيه إلا أن يدفع ثمنه، وهذا شراء صفة مضمونة، فلا يجوز فيها إلا أن يدفع ثمنها، وتكون على ما وصفت، قال: ولو شرط أن يعمل له طستا من نحاس وحديد أو نحاس ورصاص لم يجز؛ لأنهما لا يخلصان فيعرف قدر كل واحد منهما وليس هذا كالصبيغ في الثوب؛ لأن الصبيغ في ثوبه زينة، لا يغيره أن تضبط صفته، وهذا زيادة في نفس الشيء المصنوع، قال: وهكذا كل ما استصنع، ولا خير في أن يسلف في قلنسوة محشوة، وذلك أنه لا يضبط وزن حشوها، ولا صفتها، ولا يوقف على حد بطانتها، ولا تشتري هذه إلا يدا بيد، ولا خير في أن يسلفه في خفين، ولا نعلين مخروزين، وذلك أنهما لا يوصفان بطول، ولا عرض، ولا تضبط جلودهما، ولا ما يدخل فيهما وإنما يجوز في هذا أن يبتاع النعلين والشراكين ويستأجر على الحدو وعلى خراز الخفين"².

¹ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ط2، (1404هـ-1984م)، ص66.

² الشافعي، كتاب الأم، ج04، ص271، 272.

وجاء في كتاب روضة الطالبين: " لا يجوز السلم في الحباب، والكيزان، والطسوت، والقماقم، والطناجير والمناثر، والبرام المعمولة، لندور اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة، ويجوز السلم فيما يُصَبّ منها في القالب، لعدم اختلافه، وفي الأسطال المربعة"¹.
فمن خلال هاته النصوص يتبين لنا أنّ الشافعية لم يُفردوا بابا للاستصناع، وإنما أحقوه بالسلم، والمُعَوَّل عليه عندهم أن تكون المواصفات مضبوطة منعًا للغرر والمنازعة، وقد أشار بعض فقهاء المذهب إلى جواز السلم في الصناعات بالقالب (النمطية)؛ لعدم اختلاف أفرادها، فالشافعية اهتموا بطلب الصناعات، لكنهم جعلوا ذلك من باب السلم، تجري عليه أحكامه، ومن أهمها: كون السلم والمُسلم فيه مما يجوز فيه التَّسَاء، وأن يكون الثمن غير مؤجل أجلا طويلا².

ومن خلال ما تمّ عرضه يمكن استخلاص تعريف الاستصناع عند الشافعية، كالآتي:
" الاستصناع هو بيع موصوف في الذمة يشترط فيه الصنعة"³.

3- الاستصناع عند الحنابلة:

فقهاء الحنابلة - كالمالكية والشافعية - لم يجعلوا للاستصناع بابا مستقلا، وقرّروا عدم صحّة التعامل بالاستصناع إن لم يتضمن شروط السلم، ومّا جاء في هذا السياق؛ ما ورد في كتاب الفروع وكتاب الإنصاف: " ذكر القاضي وأصحابه: أنه لا يصحّ استصناع سلعة؛ لأنه باع ما ليس عنده على غير وجه السلم"⁴.
وقد جاء في حاشية كتاب الفروع: " استصناع سلعة: يعني يشتري منه سلعة ويطلب منه أن يصنعها له، مثل أن يشتري منه ثوبا ليس عنده، وإنما يصنعه له بعد العقد، فهذا قد باع ما ليس عنده"⁵.

¹ النووي، روضة الطالبين، ج03، ص268.

² ناصر أحمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع: التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، (1428هـ-2007م)، ص134.

³ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة -، ص71.

⁴ ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع، ج06، ص147، والمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج04، ص287.

⁵ ابن مفلح المقدسي، كتاب الفروع مع حاشية ابن قندس، تقي الدين أبو بكر بن إبراهيم بن يوسف البعلبي، ج06، ص147.

والخلاصة أنّ المذاهب الثلاثة مجمعة على عدم صحة الاستصناع إلا بشروط السلم، إلا أنّ المالكية أجازوا استصناع أيّ شيء مما يعمل الناس في أسواقهم من آنيّتهم أو أمتعتهم التي يستعملون في أسواقهم عند الصّناع، أمّا الشافعية والحنابلة فلم يُجيزوا من هذه الأشياء ما جمع أجناسا مقصودة لا تتميز¹.

ب- تعريف الاستصناع عند فقهاء الحنفية:

جاء في البدائع ما نصّه: "عرّفه بَعْضُهُمْ بأنه: عَقْدٌ عَلَى مَبِيعٍ فِي الدِّمَّةِ، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: هُوَ عَقْدٌ عَلَى مَبِيعٍ فِي الدِّمَّةِ شَرْطٌ فِيهِ الْعَمَلُ، وَجِهَ الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: أَنَّ الصَّانِعَ لَوْ أَحْضَرَ عَيْنًا، كَانَ عَمَلَهَا قَبْلَ الْعَقْدِ، وَرَضِيَ بِهِ الْمُسْتَصْنَعُ؛ لَجَازَ، وَلَوْ كَانَ شَرْطُ الْعَمَلِ مِنْ نَفْسِ الْعَقْدِ؛ لَمَا جَازَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يَقَعُ عَلَى عَمَلٍ فِي الْمُسْتَقْبَلِ - لَا فِي الْمَاضِي -، وَالصَّحِيحُ هُوَ الْقَوْلُ الْأَخِيرُ؛ لِأَنَّ الْإِسْتِصْنَاعَ طَلَبَ الصُّنْعِ، فَمَا لَمْ يَشْتَرَطْ فِيهِ الْعَمَلُ لَا يَكُونُ اسْتِصْنَاعًا؛ فَكَانَ مَأْخُذَ الْإِسْمِ دَلِيلًا عَلَيْهِ؛ وَلِأَنَّ الْعَقْدَ عَلَى مَبِيعٍ فِي الدِّمَّةِ يُسَمَّى سَلْمًا، وَهَذَا الْعَقْدُ يُسَمَّى اسْتِصْنَاعًا، وَاخْتِلَافَ الْأَسَامِي دَلِيلَ اخْتِلَافِ الْمَعَانِي فِي الْأَصْلِ وَأَمَّا إِذَا أَتَى الصَّانِعُ بِعَيْنِ صَنْعِهَا قَبْلَ الْعَقْدِ، وَرَضِيَ بِهِ الْمُسْتَصْنَعُ؛ فَإِنَّمَا جَازَ لَا بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ، بَلْ بِعَقْدٍ آخَرَ، وَهُوَ التَّعَاطِي بِتَرَاضِيهِمَا².

وفي تعريف آخر للحنفية؛ عرّف الاستصناع بأنه: " طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص"³، وعرّف أيضا بأنه: "عقد على مبيع في الدّمة وشرط عمله على الصّانع"⁴، وفي مجلة الأحكام العدلية نصت المادة 388 على أنه: " إذا قال شخص لأحد من أهل الصّنائع اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشا وقبل الصّانع ذلك انعقد البيع استصناعا"⁵.

¹ علي السالوس، الاستصناع، مجلة المجمع الفقهي، مكة المكرمة، السعودية، ط1، دت، ص99.

² الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص84.

³ ابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج07، ص474.

⁴ السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص362.

⁵ علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، ج01، ص422.

وما يُلاحظ على هاته التعريفات أنها متشابهة إلى حدّ كبير، وبعضها لم يذكر قيد 'معلومية الثمن'، لكونه معروفاً بدهاة في عقود المعاوضات، لأنّ الصانع يبذل عمله ويوفّر المادة الخام؛ فلا بدّ أن يكون ذلك بثمن معلوم، كما أنّ أغلب التعريفات ذكرت قيد 'العقد' في تعريفها للاستصناع، وإن خلا بعضها من هذا القيد، حيث ذُكر 'طلب العمل' مكانه؛ لأنّ الصانع إذا طُلب منه صناعة شيء ما وأبدى قبوله صار ذلك الطلب عقداً¹.

ج- الاستصناع عند المعاصرين:

عرّفه وهبة الزحيلي بقوله: "الاستصناع هو عقد مع صانع على عمل شيء معين في الذمة، أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع وتكون العين والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع؛ فإنّ العقد يكون إجارة لا استصناعاً، وبعض الفقهاء يقول: إن المعقود عليه هو المحل فقط، لأنّ الاستصناع طلب الصنع وهو العمل"².

وعرّفه علي الخفيف: "الاستصناع عقد على مبيع في الذمة مطلوب عمله، وذلك كأن تستصنع حذاءً أو ثوباً أو طربوشاً أو أريكة ونحو ذلك"³.

وهو عقد يشبه السلم، لأنه يبيع المعدوم، وأنّ الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنّه يفترق عنه من حيث عدم وجوب تعجيل الثمن، ولا تحديد مدّة للصنع والتسليم، ولا كون المصنوع ممّا يوجد في الأسواق، ويشبه الإجارة أيضاً؛ لكنه يفترق عنها من جهة أنّ الصانع يُحضر مادّة الشيء المصنوع من ماله⁴.

ثالثاً- مشروعية الاستصناع في الفقه الحنفي:

ذكر فقهاء الحنفية أدلّة كثيرة من القرآن والسنة والإجماع على جواز الاستصناع ومشروعيته، وسنذكر طرفاً منها فيما سيأتي:

¹ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص 56.

² الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، ص 631.

³ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، (1429هـ-2008م)، ص 430.

⁴ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 04، ص 631.

أ- دليل مشروعية الاستصناع عند الحنفية من القرآن:

استدلوا بقول الله تعالى: ﴿قَالُوا يٰذَا الْقَرْنَيْنِ اِنَّ يٰجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْاَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلٰى اَنْ نَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًا ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَاَعِينُونِي بِقُوَّةٍ اَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴿٩٥﴾ اَتُونِي زُبُرَ الْحَدِيدِ حَتّٰى اِذَا سَاوَى بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ اَنْفُخُوا حَتّٰى اِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ اَتُونِي اَوْعِ عَلَيْهِ قَطْرًا ﴿٩٦﴾ فَمَا اسْطَعُوا اَنْ يَطْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَعُوا اَلَهُ وَنَقَبًا ﴿٩٧﴾﴾ الكهف: 94-97.

الخرج: الجزاء والأجرة، وكان ملكا ينظر في أمورهم، ويقوم مصالحهم، فعرضوا عليه جزاءً في أن يكف عنهم ما يجدونه من عادية يأجوج ومأجوج، وعلى الملك واجب القيام بحماية الخلق في حفظ بيضتهم، وسد فرجتهم، وإصلاح ثغرهم من أموالهم التي تفيء عليهم¹.
فهذا إرشاد قرآني يُعلم منه صحة الاستصناع شرعا، ولم نر أحدا من أهل العلم تبه إلى الاستدلال بهذه الآيات، وهذا الاستدلال مبني على أصل أفعال الرسول ﷺ ودالاتها على الأحكام الشرعية، وهو أن كل فعل أو أمر أو نهي صدر عن أحد، وذكر في القرآن؛ فهو حق، إلا إذا بين القرآن بطلانه؛ لأن الله تعالى سمى كتابه فرقانا وهدى وتبيانا لكل شيء، فلا يناسبه أن يذكر عن أحد من الناس ما هو باطل منكر ثم يسكت عن التنبيه على بطلانه، فإن ذلك يُفهم منه رضاه به².

ب- دليل مشروعية الاستصناع من السنة النبوية:

وردت أحاديث كثيرة تدل على مشروعية الاستصناع، نذكر منها:

- عن نافع عن عبد الله؛ «أن رسول ﷺ اصطنع خاتما من ذهب، فكان يجعل فصه في باطن كفه إذا لبسه، فصنع الناس، ثم إنه جلس على المنبر فنزعه، فقال: "إني كنت ألبس هذا الخاتم وأجعل فصه من داخل" فرمى به، ثم قال: "والله لا ألبسه أبدا" فنبد الناس خواتيمهم»³.

¹ ابن العربي، أحكام القرآن، ج03، ص243.

² محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: عقد الاستصناع، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1418هـ-1998م)، ج01، ص228.

³ أخرجه مسلم، كتاب: اللباس والزينة، باب: تحريم خاتم الذهب على الرجال ونسخ ما كان من إباحتها في أول الإسلام، حديث رقم: 2091، صحيح مسلم، ج03، ص1655.

وفيه: "اصطنع رسول الله ﷺ خاتماً من ذهب"، أي أمر أن يُصنع له، كما تقول: اكتب: أي أمر أن يُكتب له، والطاء بدل من تاء الافتعال لأجل الصاد¹.
- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما أنّ امرأة من الأنصار قالت لرسول الله ﷺ: « يا رسول الله، ألا أجعل لك شيئاً تفعد عليه؟ فإنّ لي غلاماً نجّاراً، قال: إن شئت، فعملت له المنبر²».

ووجه الدلالة من الحديث: أنّ في هذا الحديث: الاستعانة بأهل الصناعات والمقدرة في كلّ شيء يشمل المسلمين نفعه، وأنّ المبادر إلى ذلك مشكور له فعله³.
ج- مشروعية الاستصناع من الإجماع: ورد في كتاب المبسوط⁴: "ولكننا نقول: نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك؛ فإنهم تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكيرٍ مُنكرٍ، وتعامل الناس من غير نكيرٍ أصل من الأصول كبير؛ لقوله ﷺ: « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن⁵»، وقال ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة⁶».

¹ ابن الأثير مجد الدين، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، ج03، ص56.

² أخرجه البخاري، كتاب: البيوع، باب: النجار، حديث رقم: 2095، صحيح البخاري، ص504.

³ ابن بطلان، أبو الحسن، علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، الرياض، دط، ج02، ص100.

⁴ السرخسي، المبسوط، ج12، ص138.

⁵ أخرجه ابن حنبل، أحمد بن محمد، حديث رقم: 3600، المسند، ج03، ص505، قال العلامي عن هذا الحديث: 'لم أجده مرفوعاً في شيء من كتب الحديث أصلاً، ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف والسؤال، وإنما هو من قول عبد الله بن مسعود ؓ موقوفاً عليه'، يُنظر: السبكي، تاج الدين، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1411هـ-1991م)، ج01، ص50، وقال الزيلعي: 'غريب مرفوعاً، ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود، وله طرق'، يُنظر: الزيلعي الحنفي، جمال الدين، أبو محمد، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م)، ج04، ص133.

⁶ أخرجه الترمذي، أبواب: الفتن، باب: ما جاء في لزوم الجماعة، حديث رقم: 2167، الجامع الكبير، ج04، ص40، وقال: 'هذا حديث غريب من هذا الوجه'، وابن ماجه، كتاب: الفتن، باب: السواد الأعظم، حديث رقم: 3950، سنن ابن ماجه، ج02، ص1303، قال ابن حزم: 'وهذا وإن لم يصح لفظه ولا سنده فمعناه صحيح'، يُنظر: ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، دط، ج04، ص131.

وجاء في كتاب شرح فتح القدير¹: "ولكننا جوزناه استحسانا للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله ﷺ إلى اليوم بلا نكير، والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله ﷺ: «لا تجتمع أمّتي على ضلالة»².

د- مشروعية الاستصناع من المعقول:

الحاجة داعية إلى الاستصناع؛ لأنّ الإنسان قد يحتاج إلى خفّ أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقد لا يجد ذلك مصنوعا فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو كان الاستصناع غير جائز لوقع الناس في الحرج، حتّى ولو كان فيه بيع المعدوم، إلا أنه ألحق بالموجود لمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه³.

كما أنّ تجويز بيع السلم والاستصناع مستند إلى قاعدة: 'الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة'؛ فجوازهما للاحتياج والضرورة العمومية⁴.

رابعا- أركان عقد الاستصناع وشروطه في الفقه الإسلامي:

أ- أركان عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي:

الاستصناع عقد كسائر العقود، وأركانه هي الأركان العامة لكلّ عقد، وإن اختلف مضمونها تبعاً لطبيعة الاستصناع وخصائصه، ثمّ إنّ الفقهاء اختلفوا في تحديد أركان الاستصناع؛ فالحنفية يجعلون الصيغة هي الركن الوحيد إجمالاً، وركنين اثنين هما: الإيجاب والقبول تفصيلاً، وما عدا الصيغة من عاقدين ومعقود عليه؛ فهما من الشروط في نظر الأحناف، أمّا جمهور الفقهاء؛ فجعلوا الأركان ثلاثة على سبيل الإجمال، وهي: الصيغة، والعاقدان، والمعقود عليه، وعلى سبيل التفصيل هي ستة عندهم، وهي: الإيجاب والقبول، والصانع، والمستصنع، والعين، والعمل، والثمن⁵.

¹ ابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص107.

² سبق تخريجه، ص221.

³ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص86.

⁴ علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، ج01، ص42.

⁵ ناصر أحمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع: التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، ص412، 413.

ب- شروط عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي:

ذكر صاحب البدائع شروطاً لجواز الاستصناع، منها¹:

- 1- بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدونه.
 - 2- أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس من أواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج والخفاف والنعال والجم الحديد للدواب ونُصول السيوف والسكاكين والسلاح ونحو ذلك.
 - 3- أن لا يكون فيه أجل؛ فإن ضرب للاستصناع أجلاً؛ صار سلماً، حتى يعتبر فيه شرائط السلم، وهو قبض البدل في المجلس ولا خيار لواحد منهما إذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه في السلم، وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف ومحمد: هذا ليس بشرط، وهو استصناع على كل حال، ضرب فيه أجلٌ أو لم يُضرب، ولو ضرب للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع كالثياب ونحوها أجلاً ينقلب سلماً في قولهم جميعاً.
- وقد ذكر بعض المعاصرين سبعة شروط لعقد الاستصناع، وهي²:

- 1- أن يكون المصنوع معلوماً: بتحديد مواصفات الشيء المطلوب صناعته تحديداً وافياً يمنع التنازع عند التسليم .
- 2- أن يكون المصنوع مما تدخله الصناعة؛ فلا يصح في البقول والحبوب ونحو ذلك .
- 3- أن يكون الشيء المصنوع مما يجري التعامل فيه؛ لأن الاستصناع جائز استحساناً، فلا يصح فيما لا تعامل فيه، وذلك يختلف بحسب الأعراف السائدة في كل مكان وزمان، فلا يقاس مكان على مكان ولا زمان على زمان، وأما إذا كان الشيء المطلوب صنعه مما لم تجر به العادة بصناعته فإنه يمكن التوصل إليه بطريق السلم.
- 4- أن تكون المواد المستخدمة في الشيء المصنوع من الصانع، فإذا كانت من المستصنع؛ فإنه يكون عقد إجارة لا عقد استصناع.
- 5- بيان الثمن جنساً وعدداً بما يمنع التنازع، فالجنس: كريال سعودي، والعدد: كالألف.
- 6- بيان مكان تسليم المبيع إذا احتيج إلى ذلك.
- 7- ألا يكون فيه أجل، وفي هذا الشرط خلاف ذكرناه.

¹ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص86.

² بكر بن عبد الله أبو زيد، بحث عقد الاستصناع، المكتبة الشاملة الذهبية، ص18.

خامساً- تحديد المعقود عليه في عقد الاستصناع عند الحنفية:

إنّ عقد الاستصناع يستلزم وجود عنصرين مهمّين، هما: العين والعمل، وهما مطلوبان من الصّانع، فالعين وهي المادة الخام التي يُراد العمل فيها وبها من قبل الصّانع وفق المواصفات التي أَرادها المستصنع، والعمل وهو الجهد الذي يبذله الصانع أو من يقوم مقامه، من أجل صناعة ما طُلب منه على النحو الذي أَراده المستصنع، وهنا يثور تساؤل عن حقيقة المعقود عليه؛ هل هو العمل أم العين؟¹.

وقد اختلف فقهاء الأحناف في محل العقد، هل هو العين أو العمل؟ على قولين:

-القول الأول: أنّ المعقود عليه هو العين المصنوعة، وبه قال جمهور الأحناف.

-القول الثاني: أنّ المعقود عليه هو العمل، وبه قال بعض الأحناف.

-أدلة القول الأول:

استدلّ أصحاب الرأي الأول على أنّ المعقود عليه هو العين بما يلي²:

1- أنّ خيار الرؤية يثبت للمستصنع، وثبوت خيار الرؤية لا يكون إلا في بيع العين، فدل على أن المبيع هو العين وليس العمل.

2- أنه إذا طلب المستصنع من الصانع صناعة شيء، فجاء به لا من صنعه؛ بل من صنّع شخص آخر وفق ما طلب المستصنع، فإنّ العقد يصح؛ فدل ذلك على أن العقد وارد على العين، ولو كان وارداً على العمل لما صحّ.

3- أنّ غرض المستصنع هو العين المصنوعة بالأوصاف التي يريدّها، فإذا أحضرها الصانع وفق مواصفات المستصنع فقد حصل غرض المستصنع، وأما الصانع فهو شيء ثانوي بالنسبة إليه.

-أدلة القول الثاني: استدلّوا بما يأتي³:

1- أنّ الاستصناع استفعالٌ من الصنع وهو العمل؛ فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه.

¹ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص156.

² السرخسي، المبسوط، ج12، ص139، و المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج05، ص255، 256، والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج04، ص124.

³ السرخسي، المبسوط، ج12، ص139، والزليعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج04، ص124، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص108.

ونوقش: بأن المعقود عليه المستصنع فيه، وذكر الصنعة لبيان الوصف، وذلك أنه لو جاء به من صنعة غيره فقبله صح ذلك.

2- أن في الاستصناع شبهاً بالإجارة؛ ولذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين، والمعقود عليه في الإجارة هو العمل، فكذلك الاستصناع.

ونوقش: بأنه كما في الاستصناع شبه بالإجارة (من حيث أنّ في الاستصناع طلب الصنع وهو العمل)؛ ففيه شبهه بالبيع من جهة أنه يثبت فيه خيار الرؤية، ونحو ذلك، إذ أنّ الراجح أنّ عقد الاستصناع هو عقد بيع، فالحاقه به أولى، والمعقود عليه في البيع هو العين وليس العمل.

3- أن المستصنع إنما اختار هذا الصانع من بين الصنّاع لجودة عمله وإتقانه، فيشترط أن يكون من عمله، **ونوقش:** بأنّ غرض المشتري هو توفير الصنعة كما يريد، وأمّا الصانع فقد يكون اختاره لقربه منه أو لثقتة فيه أو لرغبته في نفعه أو غير ذلك.

والراجح عند بعض الباحثين هو رأي جمهور فقهاء الحنفية، الذين قالوا أنّ المعقود عليه في الاستصناع هو العين، وذلك لقوة أدلة جمهور الحنفية، وصحّة استنتاجاتهم، ولمناقشتهم لأدلة الفريق الثاني، مع ضعف هاته الأدلة¹.

في حين رجّح بعض الباحثين أن المعقود عليه هو العين والعمل معاً، أمّا العين فلأنها مقصودة أولاً من عقد الاستصناع، ولو لم تكن الحاجة داعية إليها لما أقدم المستصنع على هذا العقد؛ فالغاية من العقد وجودها والعمل وسيلة لتحقيقها، وأمّا العمل فلأن المستصنع ما رضي إلا يد الصانع ذاته وخبرته ومهارته، والصنّاع ليسوا على درجة واحدة من الإتقان، وقد جرت العادة أن يأخذ صانع أكثر من صانع آخر على صناعة ذات العين، وليس من مبرر لذلك إلا المهارة والإتقان الذي يتفاوت من شخص لآخر، ولذا فالعمل معقود عليه أيضاً².

¹ السرخسي، المبسوط، ج12، ص139، و المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج05، ص256، والزليعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج04، ص124، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص109، وكاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاول في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص159.

² وائل محمد عريبات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد36-العدد02، عمادة البحث العلمي، الجامعة الأردنية، 2009، ص572.

الفرع الثاني- مفهوم الاستصناع في القانون الجزائري:

لا يوجد في القانون المدني الجزائري مصطلح الاستصناع، فهو خاص بالفقه الإسلامي، وإنما نجد ما يُقابله، وهو عقد المقاولة، ولعلّ ما يؤكّد هذا المسلك من تكييف عقد الاستصناع على أنه عقد مقاولة؛ ما ورد في مجلة الأحكام العدلية؛ حيث نصّت المادة 124 على أنّ: " الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصّنة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صانع، والمشتري مستصنع، والشّيء مصنوع "1.

ولقد اعتبر المشرّع الجزائري التعاقد على صنع شيء-وهو حقيقة الاستصناع- من عقود المقاولة التي جاء ذكرها في باب العقود الواردة على العمل، حيث نصّت المادة 549 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدّي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر "2.

ونصّت المادة 550 من القانون المدني الجزائري على أنّه: " يجوز للمقاول أن يقتصر على التّعهد بتقديم عمله فحسب على أن يُقدّم ربّ العمل المادّة التي يستخدمها أو يستعين بها في القيام بعمله.

كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادّة معاً "3.

فالقانون المدني الجزائري أورد صورتين لعقد المقاولة:

-الصورة الأولى: أن يُقدّم المقاول العمل والمادّة معاً، وهذا يوافق الاستصناع في الفقه الإسلامي.

-الصورة الثانية: أن يُقدّم المقاول العمل فقط، ويتولّى ربّ العمل توفير مادة العمل، وعقد المقاول هنا صورة من صور إجازة الأجير المشترك كما رأينا سابقاً4.

وأغلب التشريعات العربية أدرجت الاستصناع ضمن عقد المقاولة، إلا القانون المدني العراقي، الذي خصّه بالتنظيم في نصوصه، حيث نصت المادة 865 من القانون المدني العراقي على

¹ علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، ج 01، ص 114.

² الأمر 75-58، سبق ذكره.

³ الأمر 75-58، سبق ذكره.

⁴ يُراجع: الفصل الثاني، الصفحة 134 وما بعدها.

تعريف الاستصناع بأنه: "العقد الذي وقع على صنع شيء معين، ويتعهد المقاول فيه بتقديم العمل والمادة معا"¹.

وقد ذهب فريق من الباحثين إلى أنّ عقد المقاولة هو استبدال لعقد الاستصناع من كلّ الوجوه، وليس هناك فرق بينهما إلا من حيث التسمية، وفريق آخر اعتمد في توصيف عقد المقاولة على طبيعة التزام المقاول، فإن كان تعهد المقاول أن يُقدّم العمل والمادة جميعاً، فإنّ العقد يكون استصناعاً، وإن قدّم المقاول العمل فقط، على أن يتولّى ربّ العمل توفير مادة العمل؛ فإنّ العقد هنا صورة من صور إجازة الأجير المشترك².

المطلب الثاني- هلاك الشيء المصنوع في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

الفرع الأول- هلاك الشيء المصنوع في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي:

قبل أن نتطرق لمسألة هلاك الشيء المصنوع في عقد الاستصناع؛ يحسن بنا أن نتناول مسألة لزوم عقد الاستصناع عند الأحناف، لما لها من علاقة وطيدة بهلاك المصنوع.

أولاً- لزوم عقد الاستصناع:

انقسم فقهاء الأحناف حول مسألة لزوم عقد الاستصناع وجوازه، إلى اتجاهين اثنين³:

-الاتجاه الأول: وهو اتجاه التفصيل بحسب المراحل التي يمرّ بها عقد الاستصناع، كما يأتي:

-المرحلة الأولى: بعد التعاقد، وبعد صدور الإيجاب والقبول من الطرفين، وقبل بدء الصنع.

¹ كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، ص75.

² محمد رواس قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، (1423هـ-2002م)، ص138، وديان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط2، (1434هـ-2013م)، ج08، ص325.

³ السرخسي، المبسوط، ج12، ص139، والسمرقندي، تحفة الفقهاء، ج02، ص363، والكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج06، ص87، 88، والمرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدي، ج05، ص256، وابن الهمام، شرح فتح القدير، ج07، ص109، وابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج06، ص285، وابن عابدين، رد المختار على الدر المختار، ج07، ص475، ابن مازة البخاري الحنفي، برهان الدين، أبو المعالي، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2004م)، ج07، ص136، 137.

-المرحلة الثانية: بعد التعاقد والفراغ من العمل، وذلك قبل أن يراه المستصنع.

فالعقد في هاتين الحالتين غير لازم لأيّ من المتعاقدين؛ لأن الاستصناع ثابت على خلاف القياس، وبالتالي فالأصل عدم جوازه، إلا أنه ثبت استحسانا لحاجة الناس، وحاجة الناس قبل الصنع، أو بعده وقبل رؤية المستصنع والرضا به أقرب إلى الجواز دون اللزوم، فيبقى اللزوم قبل ذلك على أصل القياس، فقبل رؤية العين المستصنعة والرضا بها، العقد غير لازم عند الحنفية، وهذا لا خلاف فيه بين فقهاء الحنفية.

-المرحلة الثالثة: بعد الفراغ من العمل ورؤية المستصنع للعين المستصنعة ومجيئها على الصفة المشروطة والرضا بها؛ ففي هذه الحالة اختلفوا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن للمستصنع الخيار دون الصانع، وهذا قول جمهور الحنفية، وهو ظاهر الرواية عند الحنفية، وهو الأصح، وعللوا ذلك: بأن الصانع بائع والمستصنع مشتري، وقد أسقط الصانع خياره بإحضار المصنوع، فبقي الخيار للمستصنع، لأن المستصنع مشتري شيئاً لم يره؛ فكان له الخيار؛ لأن المعقود عليه وهو العين وإن كان معدوماً حقيقة لكنه جعل موجوداً شرعاً، حتى جاز العقد استحساناً، ومن اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه، والصانع بائع شيئاً لم يره، فلا خيار له.

القول الثاني: وذهب أبو حنيفة في رواية عنه إلى أن العقد غير لازم في حق كل من الصانع والمستصنع، فلكلّ منهما الخيار، وعللوا ذلك: بأن في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه، ولأنّ الصانع لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو إتلاف العين.

القول الثالث: أنّ العقد لازم في حق كلّ منهما، فالخيار ساقط عنهما، وهذا القول رواية عن أبي يوسف، ووجه ذلك: أمّا الصانع فلأنه بائع، وإحضاره للمستصنع دليل على إسقاطه الخيار، وأمّا المستصنع ففي إثبات الخيار له إضراراً بالصانع؛ لأنه قد خسر متاعه وقطع جلده وجاء بالمستصنع على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع حق الامتناع من أخذه، لكان في فيه إضراراً بالصانع.

-**الاتجاه الثاني:** وهو ما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية، حيث جاءت برأي يُخالف طبيعة العقد عند الحنفية، إذ أنّها جعلت الاستصناع لازماً بمجرد العقد، وهذا ما نصّت عليه المادة

392 بقولها: " إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"¹.

ومن الخطأ القول بأنّ المجلة أخذت برأي أبي يوسف، إذ أنّ العقد غير لازم عنده وعند غيره قبل الصنع، وكذا بعده وقبل أن يراه المستصنع، حيث أنّ المجلة نفسها نصّت في المادة 388: " إذا قال رجل لواحد من أهل الصنائع: اصنع لي الشيء الفلاني بكذا قرشا، وقبّل الصانع ذلك، انعقد البيع استصناعاً"².

وهذا يعني أنّ الاستصناع عقد لازم من بداية الإيجاب والقبول قبل الصنع والعمل، وهذا لا يكون إلا إذا أصبح سلماً خلافاً للاستصناع عند الحنفية، وعليه يجب تعديل المادة 392 على النحو التالي: " إذا انعقد الاستصناع وأحضر الصانع المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة، فليس لأحد العاقدين الرجوع عنه، وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"، فيكون اللزوم حينئذ، ويكون هذا موافقاً لرواية أبي يوسف خلاف لما نُقل عنه وليس رأياً له³.

وهذا المسلك الذي سلكته المجلة يُعدّ توسعاً عن رأي أبي يوسف المنقول في كتب المذهب، حيث يتفق رأيه مع رأي أبي حنيفة في أنه قبل الصنع عقد غير لازم، فانفراد أبي يوسف عن الإمام أبي حنيفة في لزوم العقد بعد الصنع، إذا كان المصنوع مطابقاً للمواصفات المبينة، فالصانع مُلزم بتسليمه والمستصنع ملزم بقبوله، فما قرّرت المجلة من لزوم الاستصناع منذ انعقاده ليس له سند مذهب أبي حنيفة، ولكن له ما يُبرّزه؛ إذ أنّ واضعي المجلة-وهم من خيرة فقهاء عصرهم في القرن الثالث عشر الهجري-لاحظوا تطور الصناعة واتساع نطاق الاستصناع، فرأوا أنّ المصلحة الزمنية والاقتصادية والتعاقدية تقتضي هذا المسلك، هذا في عصر المجلة، واليوم أصبح نقل العُملة النقدية وحساباتها من المشرق إلى المغرب بفلكة زرّ، وأصبحت الصفقات التجارية الضخمة تُعقد على الملايين، فمثل هذه الظروف يجب أن يطمئنّ كلّ متعامل ومتعاقد إلى أنّ ما تعاقد عليه ثابت يستطيع أن يبيّن عليه، فالوضع مختلف

¹ علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، ج 01، ص 424.

² المرجع نفسه، ص 422.

³ علي السالوس، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر: دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، مكتبة دار القرآن، مصر، ط 7، (1429هـ-2008م)، ص 514.

في عصرنا، فإنّ العدول من أحد الطرفين أو رفض المصنوع المطابق للمواصفات، يترتب عليه أضراراً جسيمة للطرف الآخر، ممّا يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات¹.

والأجّاه الذي سلكته المجلة هو الراجح في عصرنا، فالقول بلزوم الاستصناع منذ بداية التعاقد وعدم الخيار إلا إذا كان المصنوع مخالفاً للمواصفات المتفق عليها؛ فيه نفي للضرر عن كلا الطرفين، وبه يتحقق استقرار المعاملات المالية، التي قد تكون بمبالغ ضخمة، لأنّ العدول عن العقد يُلحق أضراراً بالصانع والمستصنع.

ثانياً- أثر هلاك المصنوع:

سبق وأن رأينا أنّ الحنفية متفقون على عدم لزوم عقد الاستصناع قبل رؤية العين المستصنعة؛ فكل واحد من الأطراف يستطيع أن يفسخ العقد بالإرادة المنفردة خاصة قبل إنجاز العمل، وهو ما عبر عنه الحنفية بـ: " رؤية العين المستصنعة ومجيئها على الصفة المشروطة" وهذا يعني أن الحنفية يرون أنّ العقد يمكن أن يفسخ بالإرادة المنفردة دون حاجة إلى اللجوء إلى تطبيق نظرية العذر لفسخه، فلا حاجة للتقاضي ولا للتراضي، ولا داعي لإعمال نظرية الظروف القاهرة والأعدار الطارئة في هذه الحالة، أما بعد رؤية العين المستصنعة؛ فجمهور الحنفية أعطوا حق الفسخ للمستصنع، وهو ما عبروا عنه بخيار المستصنع، وجعلوا العقد لازماً في حقّ الصانع، ولم يذكروا في هذه الحالة إمكانية تحلل الصانع من العقد بعذر ولا بغير عذر². إن عملية تطبيق العذر- كهلاك المصنوع- والاستفادة منه إنما تكون قبل تنفيذ العقد أو أثناءه، أما بعد تنفيذ العقد فلا يوجد مبرر للقول بفسخ العقد نتيجة لوجود العذر، فأبي عذر سيطراً على الصانع بعد إتمام العمل وإنجازه وأيّ ضرر سيقع فيه؟ فالعمل قد أنجز ولا إشكال، والملاحظ أن الحنفية في الحالة التي قد يحصل فيها العذر ويقع فيها الصانع تحت الضرر، وهي قبل التنفيذ أو أثناءه؛ قبل إنجاز العمل؛ قالوا بعدم لزوم عقد الاستصناع، وهذا يعني أن الخيار للصانع وللمستصنع إذ يستطيع أي منهما الفسخ في أي لحظة أراد سواء وقع تحت العذر أم لم يقع، وفي هذه الحالة هلاك العين المستصنعة قبل تسليمها للمستصنع (المشتري) تُطبّق أحكام البيع، فإذا كان الهلاك بقوة القاهرة فلا ضمان، بل يفسخ العقد، وإن كان بسبب الصانع وفعله

¹ مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م)، ص242، 243، 244، 245.

² وائل محمد عربيات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع، ص571.

فعليه الضمان، وعليه في هذه الحالة أن يوفرها من السوق ويسلمها للمشتري إن لم يتمكن من إعادة صناعتها¹.

ومن مبررات عدم تطبيق الحنفية للعدر على عقد الاستصناع، أن المعقود عليه هو العين، ولا إشكال في تأمين العين من أي مصدر آخر عند العجز عن صناعتها، أو عند حدوث طارئ أو عذر عن إتمام الصنعة، كما أنه لا إشكال أيضا في هلاك العين لظروف قاهرة، فهذا يعني أن العقد يفسخ وتجري عليه أحكام البيع عندهم، حيث أن الحنفية رأوا أن الصحيح في المذهب اعتبار الاستصناع بيعا، فلو عجز الصانع عن إتمام الصنعة، فما هو الضرر الذي سيلحقه لو قام بشرائها من جهة أخرى؟ ومما يزيد في تأكيد الأمر أن الحنفية اشترطوا أن يكون الاستصناع والعين المتفق عليها مما يجري فيه التعامل بين الناس، أي وجوده وعدم ندرته من الأسواق، وبالتالي إمكانية توفره من أي مكان آخر وهنا ينتفي الضرر².

غير أنه إذا طرأت ظروف قاهرة بعد عقد الاستصناع تمنع تنفيذه؛ فإنه على القول بلزومه تكون مقبولة، كحدوث حرب منعت الصانع من استيراد المادة الخام ولم تكن موجودة في البلاد، أو نشوب حريق في المصنع تسبب في تلف كل ما فيه من آلات ومواد، فمثل هاته الطوارئ-سواء كانت مكتسبة من الغير أو سماوية- تعطي العذر للصانع، وتجعل المستصنع بالخيار بين الانتظار أو فسخ العقد، لأن تكاليف الشريعة تقوم على القدرة والاستطاعة، وأنها جاءت لمنع الضرر الإضرار³.

لما كان في الاستصناع شبه بالإجارة؛ فإنه ينتهي بهلاك العين التي تعينت لصنع الشيء المطلوب صنعه في عقد الاستصناع منها، وذلك لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه حينئذ، أمّا إذا كان مثلها موجود في الأسواق ويتمكن الصانع من توفيره بسهولة فإن عقد الاستصناع لا يُفسخ؛ لعدم اليأس من استيفاء المعقود عليه⁴.

¹ المرجع نفسه، ص 571.

² وائل محمد عربيات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع، ص 572.

³ علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م)، ص 366، 367.

⁴ حسن علي الشاذلي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م)، ص 448.

فإذا ظهرت موانع خارجة عن إرادة الصانع، كاحتراق المصنع أو غرق السفينة أو قطع العلاقات مع بعض الدول الموردة للمادة الخام المطلوب صنعها؛ فالمستصنع هنا بالخيار؛ إن شاء أمهل الصانع حتى يُنجز المصنوع، وإن شاء فسخ العقد، أمّا إذا كانت الموانع مصدرها إرادة الصانع، كسوء التنظيم والعجز عن إدارة المؤسسة أو التقاعس في احترام المواعيد؛ فإنّ هذا يُلحق ضرراً بالمستصنع، ويُسبّب له خسارة فادحة، فيلزم الصانع بتنفيذ التزامه الأصلي ضمن أصل الحقّ لصاحبه، ولا يُعوّض له ضرر التعطّل والخسارة، التي لحقته جراء التهاون أو الامتناع، فمن هنا يحتاج الناس لأن يشترطوا في تعاقدهم ضمانات مالية على الطرف الذي يتأخر في تنفيذ التزامه، وهو ما يسمّى بالشرط الجزائي، الذي أصبح معمولاً به بين الصانع، وغدا حافظاً يدفع الصنّاع على احترام المواعيد وتنظيم سير الحركة الاقتصادية، وهو شرط صحيح يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الإخلال بالالتزام به¹.

فلا مانع من اقتران الشرط الجزائي بعقد الاستصناع، وعندها يلتزم به الطرفان، ويكون التعويض عند الإخلال بقدر الضرر وآثاره، والمرجع في ذلك أهل الخبرة، أو القاضي عند التنازع².

وعلى هذا يمكن القول بجواز أن تستفيد المصارف الإسلامية من إعمال نظرية الظروف والأعذار على عقود الاستصناع التي تقوم بإبرامها مع جمهور المتعاملين، إذ أن من المعلوم أنه عند حدوث ظرف طارئ عام أدّى إلى إرهاب المصرف وأدى إلى إلحاق ضرر بالغ نتيجة الاستمرار بالعقد؛ فإنه يجوز للمصارف الإسلامية أن تستفيد من نظرية الظروف الطارئة في القانون³.

الفرع الثاني - هلاك الشيء المصنوع في القانون الجزائري:

تطرّقنا في الفصل الثالث المتعلق بهلاك المعقود عليه في عقد الإجارة إلى بيان أثر الهلاك وتحمل التبعة في عقد المقاولاة بالتفصيل⁴، ودرسنا جميع حالات الهلاك، وهنا نذكر - باختصار -

¹ مصطفى كمال التازري، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م)، ص 618، 619، 621.

² علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ص 366.

³ وائل محمد عربيات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها في عقد الاستصناع، ص 573.

⁴ يُراجع: الفصل الثاني، الصفحة 135 إلى الصفحة 140.

أحكام تبعة الهلاك في عقد المقاولة، في صورته التي تقابل عقد الاستصناع، وهي حالة تعهد المقاول بتقديم العمل والمادّة جميعاً، وبيان ذلك كالآتي:-

-إذا ظهر أثناء سير العمل أنّ المقاول يقوم بتنفيذ العمل على وجه معيب، أو مخالف لمقتضيات العقد؛ فيحقّ لربّ العمل أن يُنذره لكي يصحّح مسار التنفيذ خلال أجل معقول، فإذا انقضى الأجل واستمرّ المقاول في التنفيذ المعيب جاز لربّ العمل أن يطلب فسخ العقد أو يطلب الإذن لمنح العمل لمقاول آخر، على نفقة المقاول الأول، متى كانت طبيعة المقاولة تسمح بذلك، كما يجوز لربّ العمل فسخ العقد دون إنذار أو تحديد أجل إذا كان إصلاح العيب والخلل مستحيلاً¹.

- إذا كان الهلاك بسبب أجنبيّ؛ فإنّ عقد المقاولة ينقضي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه²، وما هذا إلا إعمالاً للمبدأ العام بشأن انقضاء الالتزام، حيث ينقضي إذا أثبت المدّين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبيّ عن إرادته³، ويقع على المقاول عبء إثبات القوة القاهرة أو الحادث الفجائي؛ إذ أنه لا يتخلص من المسؤولية عن عدم التسليم إلا بإثبات السبب الأجنبي⁴.

وفي هذا الصدد نصّت المادة 568 من القانون المدني-في فقرتها الأولى- على ما يلي: " إذا هلك الشيء بسبب حادث مفاجئ، قبل تسليمه لربّ العمل فليس للمقاول أن يطالب لا بثمن عمله ولا برّد نفقاته، ويكون هلاك المادة على من قام بتوريدها من الطرفين".

فالتبعة هنا يتحملها المقاول فيما قدّمه من عمل ومادّة، فلا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفقه فيه؛ لأنّ ربّ العمل لم يستفد شيئاً، والمقاول كذلك يتحمل تبعة هلاك المادة التي قدّمها؛ فلا يستطيع أن يرجع بقيمتها على ربّ العمل، لأنه لم يُسلم ما عُهد إليه من عمل أو إنجاز، ولا مجال للحديث عن التعويض ها هنا؛ لوجود السبب الأجنبي، إلا إذا كان ربّ العمل

¹ يُراجع نص المادة 553 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 20 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة في 21 جوان 2005.

² المادة 567 من القانون المدني، سبق ذكره.

³ المادة 307 من القانون المدني، سبق ذكره.

⁴ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 07، ص 94.

قد أعذر المقاول-بعد حلول موعد التسليم- بضرورة التسليم، لكنه امتنع عنه، ثم استحال التسليم بعد ذلك للسبب الأجنبي؛ فإنّ المقاول يلتزم لربّ العمل بالتعويض.

- إذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المقاول، أو امتناعه عن تسليم الشيء لربّ العمل بعد إعداره؛ فإنه لا يأخذ أجره على عمله ولا يستردّ نفقاته، ولا يرجع على ربّ العمل بقيمة المادّة التي استعملها في العمل، وعلى المقاول أن يُعوّض ربّ العمل عمّا لحقه من ضرر بسبب خطئه¹.

- فإن كان هلاك الشيء بخطأ ربّ العمل، أو بعد أن أعذر بالتسلّم؛ فإنه يُجبر على دفع الأجر كاملاً للمقاول، ويتحمل هو وحده الخسارة الناجمة عن الهلاك².

- إذا حصل الهلاك بعد التسليم أو بعد إعداره ربّ العمل من طرف المقاول؛ فإنّ الذي يتحمل تبعه الهلاك هو ربّ العمل وحده، لأنّ المقاول يكون في هذه الحالة قد قام بتنفيذ التزامه، سواء أكان ربّ العمل هو من قام بتوريد مواد العمل أم المقاول، ويجب على ربّ العمل أن يدفع الأجر كاملاً للمقاول³.

وهناك حالات يتحمل فيها ربّ العمل التبعة قبل التسليم:

الأصل أنّ المقاول يتحمل تبعه الهلاك قبل التسليم، وربّ العمل يتحملها بعد التسليم، واستثناءً من ذلك؛ فقد يتحمّل ربّ العمل تبعه الهلاك قبل التسليم في الحالات الآتية⁴:

- عندما يتفق المتعاقدان على أن يتحمل ربّ العمل تبعه هلاك المادة ولو لم يتسلمها؛ لأنّ قاعدة تحمّل المقاول تبعه الهلاك قبل التسليم ليست من القواعد الآمرة؛ فيجوز الاتفاق على خلافها.

- عند هلاك الشيء في يد المقاول وهو حابس له؛ لأنه يحقّ للمقاول لأن يجس الشيء إذا كان أجره مستحق الوفاء، وامتنع ربّ العمل عن دفعه؛ لأنّ ربّ العمل هو من تسبّب في حبس الشيء الهالك في يد المقاول بامتناعه عن الوفاء بأجر المقاول.

¹ يُراجع نص المادة 568- في فقرتها الثانية-، من القانون المدني، سبق ذكره.

² يُراجع نص المادة 568- في فقرتها الثالثة-، من القانون المدني، سبق ذكره.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 07، ص 97.

⁴ محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة 1962م، ص 111.

- في حالة وضع ربّ العمل يده على الشّيء دون موافقة المقاول ودون وجود حكم من القضاء، ثم هلك الشّيء؛ فإنه يهلك على ربّ العمل لأنّ التسليم القانوني لم يتمّ؛ ولأنّه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه.

الفرع الثالث - المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المصنوع:

بعدما بحثنا عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي، وما يقابله في القانون المدني، يمكن عقد

المقارنة والموازنة بين الاستصناع والمقاول؛ لتسجيل الملاحظات الآتية:

- عقد المقاول ملزم للجانبين، وهو من عقود المعاوضة، أمّا عقد الاستصناع فهو معاوضة، وفي لزومه خلاف ذكرناه، فبعد إتمام العمل ورؤية الصانع له؛ فإنّ لزوم عقد المقاول قانوناً يتوافق مع رواية عن أبي يوسف، التي جعلت العقد لازماً في حقّ كلّ من الطرفين، وأسقطت الخيار عنهما، وأمّا قبل إتمام العمل؛ فعقد الاستصناع غير لازم باتّفاق الحنفية، وكذلك عقد المقاول غير ملزم قبل انتهاء العمل؛ فقد نصّت المادة 566 على أنه: "يمكن لربّ العمل أن يتحلّل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه.."

- في عقد المقاول قد يتمّ تحديد المدة لإنجاز العمل، بينما ضربُ الأجل للاستصناع؛ يُصيّره سلماً عند أبي حنيفة، وعند الصاحبين هو استصناع على كل حال ضرب فيه أجل أو لم يُضرب، ولعلّ هذا الرأي يتوافق معه أهل القانون في تحديد مدة العمل في المقاول.

- محل العقد في عقد المقاول هو العمل، وهذا يتوافق مع رأي بعض الأحناف، الذين قرّروا أنّ المعقود عليه في الاستصناع هو العمل.

- الحنفية قالوا بعدم لزوم عقد الاستصناع قبل إنجاز العمل؛ وهي الفترة التي يمكن أن يحصل فيها هلاك المصنوع، فلكلّ من الصانع أو المستصنع الحقّ الفسخ في أي لحظة أراد سواء وقع الهلاك أم لم يقع، وفي هذه حالة هلاك العين المستصنعة قبل تسليمها للمستصنع (المشتري) تُطبّق أحكام البيع، فإذا كان الهلاك بقوة قاهرة فلا ضمان، بل يفسخ العقد، وكذلك عقد المقاول ينقضي باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، ويتحمل المقاول تبعاً ما قدّمه من عمل ومادة، فلا يأخذ أجر عمله ولا ما أنفق فيه؛ ولا مجال للحديث عن التعويض هنا؛ لوجود السبب الأجنبي، إلا إذا كان ربّ العمل قد أعذر المقاول - بعد حلول موعد التسليم - بضرورة

التسليم، لكنه امتنع عنه، ثم استحال التسليم بعد ذلك للسبب الأجنبي؛ فإنّ المقاول يلتزم لربّ العمل بالتعويض.

- وإن كان الهلاك بسبب الصانع وفعله فعليه الضمان، وعليه في هذه الحالة أن يوفرها من السوق ويسلمها للمشتري إن لم يتمكن من إعادة صناعتها، والأمر نفسه في القانون؛ فإذا كان الهلاك راجعاً إلى خطأ المقاول، أو امتناعه عن تسليم الشيء لربّ العمل بعد إعداره؛ فإنّه لا يأخذ أجره على عمله ولا يستردّ نفقاته، ولا يرجع على ربّ العمل بقيمة المادّة التي استعملها في العمل، وعلى المقاول أن يُعوّض ربّ العمل عمّا لحقه من ضرر بسبب خطئه.

- يتوافق مع القانون المدني الجزائري؛ الذي اعتبر يد المقاول يد أمانة؛ مع الفقه الإسلامي، فلا يضمن إلا إذا تعدّى، أو تجاوز المألوف المعتاد.

- في القانون المدني عبء الإثبات يقع على ربّ العمل، فعليه أن يُثبت أنّ المقاول لم يبذل في حفظ الشيء عناية الشخص المعتاد، وأنّ الهلاك كان نتيجة لإهماله، ومن ناحية أخرى فللمقاول أن يتصل من هذه المسؤولية؛ إذا أثبت أنّه بذل عناية الشخص المعتاد، أو أنّ الهلاك كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وتوفيقه تتحقق المقاصد والغايات، وبِعونه تُنجزُ البحوث والدِّراسات، والصلاة والسلام على مبلغ الرِّسالات، وعلى آله وصحبه أولى المناقب والمكرّمات، وبعد:

بعد التمكن من دراسة الموضوع والوصول إلى نهايته بعون الله وتوفيقه، حيث تمحورت الدِّراسة حول أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، يمكن أن نُقرّر موجزا لأهمّ النتائج والمقترحات في الأسطر التالية:

أولاً: النتائج:

- 1- يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي - بمذاهبه الأربعة- في أنّ قبض العقار وتسليمه يحصل بالتخلية، حيث يكون العقار تحت تصرّف المشتري.
- 2- بالنسبة لتسليم المنقول؛ فإنّ القانون المدني الجزائري أخذ برأي من يرى أنّ القبض يكون بحسب طبيعة الشيء، وهو رأي المالكية والحنابلة.
- 3- يتفق القانون المدني الجزائري مع مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة- في رواية-؛ في حالة الهلاك الكلي للمبيع قبل القبض بأفة سماوية (القوة القاهرة أو الحادث الفجائي)؛ حيث أنّهم قرّروا انفساخ عقد البيع، وأنّ ضمان المبيع من البائع، وأنّ الثمن ساقط عن المشتري، وكيفية ضمان البائع هاهنا؛ أن يُردّ الثمن على المشتري إن كان قد قبضه، وإن لم يقبضه؛ فلا حقّ له فيه.
- 4- إذا كان الهلاك الكلي للمبيع من قبل البائع قبل التسليم؛ فإنّ القانون المدني الجزائري يتوافق مع مذهب الحنفية والشافعية، الذي قرّر بطلان البيع وسقوط الثمن عن المشتري، إلا أنّ القانون المدني الجزائري أعطى الحقّ للمشتري في طلب التعويض عمّا أصابه من ضرر.
- 5- يتوافق القانون المدني الجزائري مع رأي المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة في حالة هلاك المبيع-هلاكا كليًا- قبل التسليم من قبل المشتري؛ إذ أنّهم قرّروا عدم انفساخ البيع، وأنّ المشتري مسؤول عن خطئه، ويظلّ ملتزما بدفع كلّ الثمن.
- 6- لم ينصّ المشرّع الجزائري على حالة هلاك المبيع بفعل الغير، ولكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، التي تقضي بإعطاء الخيار للمشتري بين فسخ البيع مع استرداد

الثلث، أو إجازة البيع والرجوع على المِتلَف بضمان مثل المبيع أو قيمته، وهذا يتوافق مع رأي الحنفية والشافعية-في الأظهر- والحنابلة.

7- في حالة الهلاك الجزئي بآفة: يشترط القانون المدني الجزائري لطلب الفسخ؛ أن يكون الهلاك جسيماً، وهذا ما يشترطه فقهاء المذاهب، إلا أنّ اشتراط الجسامة في الهلاك لطلب الفسخ يقترب من المذهب المالكي، الذي قرّر في حالة ما إذا كان الباقي بعد التلف أقل من النصف: أنه يُنظر إلى المبيع؛ فإن كان قيمياً؛ حرّم التمسك بالباقي، ووجب ردّ المبيع، وأخذ جميع الثمن، وإن كان مثلياً؛ يخيّر المشتري بين فسخ البيع وأخذ ثمنه، وبين التمسك بالباقي بحصته من الثمن.

8- فقهاء الشريعة الإسلامية يستعملون عبارة "ينفسخ"، التي تدلّ على أنّ البيع يفسخ من تلقاء نفسه؛ دون اللجوء إلى القضاء، بخلاف القانون المدني الجزائري الذي استعمل عبارة "جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع؛ التي تفيد أنّ الفسخ في حالة الهلاك الجزئي يكون بحكم قضائيّ.

9- في حالة الهلاك الجزئي الواقع بفعل البائع؛ فإنّ القانون المدني الجزائري يتوافق في الجملة مع مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في إعطاء الخيار للمشتري بين الفسخ والإجازة؛ إلا أنّ القانون المدني قرّر فوق الفسخ تعويضاً للمشتري، أما في حالة الهلاك الجزئي بفعل المشتري؛ فإنّ الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري يتفقان في تحمّل المشتري تبعه فعله؛ إذ أنه بفعله هذا يُعدّ قابضاً لكلّ المبيع.

10- القانون المدني الجزائري تأثر بصورة مباشرة أو غير مباشرة بأحكام الفقه الإسلامي، حيث ربط تبعه الهلاك بالتسليم، وهذا ما قرّره فقهاء المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

11- يقابل فكرة خيار الشرط في الفقه الإسلامي ما يسمى بالبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق في القانون المدني.

12- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في تحميل البائع تبعه هلاك الشيء المبيع قبل القبض زمن الخيار، لارتباط تبعه الهلاك بالتسليم.

13- في حالة الهلاك بعد القبض زمن الخيار فإنّ الفقه الإسلامي له اتجاهان؛ اتجاه يجعل ضمان المبيع على المشتري، وهذا رأي الحنفية والشافعية والحنابلة، واتجاه يجعل الضمان على البائع إلا في حالتين؛ فالضمان فيهما على المشتري، **فالحالة الأولى**: كون المبيع ممّا لا يُغاب عليه وظهر كذب المشتري أو نكل عن اليمين بعدما وُجّهت إليه، **والحالة الثانية**: كون المبيع ممّا يُغاب عليه ولم تقم بيّنة على تلفه، وهذا الرأي للمالكية، فهناك توافق بين الاتجاه الأول للفقه الإسلامي وبين القانون الذي جعل الضمان على المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب أجنبي عند اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط فاسخ.

14- ما قرّره أهل القانون من أنّ هلاك المبيع بسبب أجنبي في حالة اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط واقف يكون ضمانه على البائع، وكذا في حالة هلاك المبيع قبل مذاقه، يتوافق مع رأي المالكية.

15- ليس هناك نصّ في القانون المدني الجزائري يتحدّث عن هلاك الثمن أو تلفه، فالمشرّع تناول أحكام هلاك المبيع، ولم يتناول حكم هلاك الثمن، ممّا يدلّ على أنّ المشرّع يرى أنّ الثمن أو النقود لا يُتصوّر فيها الهلاك، طالما أنّ بعضها يقوم مقام البعض، وهذا المسلك يتطابق مع رأي الحنفية والمالكية الذين قالوا بعدم تعيّن النقود في العقد.

16- اتجاه القانون الذي يقضي **بعدم انفساخ البيع** من تلقاء نفسه بمجرد إخلال المشتري بالتزامه، أو نظرا لحدوث ظروف استثنائية طارئة يتوافق مع رأي الحنفية والمالكية.

17- يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في تقسيم الإجارة إلى إجارة منافع الأعيان، وإجارة العمل الموصوف في الدّمة؛ وإجارة المنافع يقابلها في القانون المدني عقد إيجار الأشياء، وإجارة العمل الموصوف (إجارة الأشخاص: الأجير الخاص والأجير المشترك) يقابلها في القانون المدني العقود الواردة على العمل، إلا أنّ المشرّع الجزائري أخرج عقود الإيجار الواردة على العمل - أي إجارة الأشخاص - من عباءة الإيجار، وحصر الإيجار في إيجار الأشياء، وألحق إجارة الأشخاص بالعقود الواردة على العمل.

18- هناك اتفاق بين فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المدني في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً قبل التسليم؛ حيث أنهم قرروا انفساخ الإجارة؛ لوقوع اليأس من الانتفاع بالعين المؤجرة، إلا أنّ فقهاء القانون ميّزوا بين الهلاك الحاصل قبل إبرام عقد الإيجار، وبين الهلاك الواقع بعد إبرام العقد وقبل التسليم؛ فالأول يجعل العقد باطلاً؛ لانعدام محلّه، والثاني يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه؛ لاستحالة تنفيذ التزامات عقد الإيجار.

19- في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة بعد التسليم؛ فنجد اتفاق بين الفقهاء في انفساخ عقد الإجارة، أيّاً كان سبب الهلاك، غير أنه في حالة ما إذا كان الهلاك الكليّ بسبب إهمال المستأجر أو خطئه، كان عليه الضمان بالتّعدي؛ وتعويض المؤجر عما لحقه من ضرر.

20- هناك اتفاق بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي-بصفة مجملة- في ثبوت الخيار للمستأجر في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً جزئياً، إلا أنّ القانون المدني الجزائري يشترط في الهلاك الجزئي الذي يثبت به الخيار للمستأجر؛ أن يكون جسيماً، يجعل العين المؤجرة في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو أدى هذا الهلاك إلى نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، وهذا المسلك يتماشى مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، فهم-على اختلاف عباراتهم- أثبتوا الخيار في حالة الهلاك الذي فيه مضرة على المستأجر، أو أدى ذلك إلى ذهاب أكثر منافع العين، أو أحدث في المنفعة نقصاً تتفاوت به الأجرة.

21- القانون المدني الجزائري في إعطائه الخيار للمستأجر بين إنقاص بدل الإيجار أو فسخ الإيجار- في حالة الهلاك الجزئيّ- يتوافق مع المذهب الحنفي الذي قرّر الخيار للمستأجر في إمضاء عقد الإجارة وسقوط شيء من الأجرة في مقابل الجزء الهالك من العين المؤجرة، وفسخ عقد الإجارة.

22- بالنسبة لضمان الأجير الخاص؛ فإنّ القانون الجزائري أخذ باتجاه جمهور الفقهاء؛ الذي يرى أنّ الأجير أمين؛ فلا ضمان على ما هلك تحت يده إلا بالتفريط أو التّعدي، وهذا ما عبّر عنه القانون بالخطأ الجسيم، فالعامل لا يضمن ما هلك تحت يده بالسبب الأجنبي، طالما أنه لا يد له في ذلك.

23- فقهاء المذاهب متفقون على تضمين الأجير المشترك في حالة تقصيره أو تعديّه، وهذا ما يتوافق مع القانون المدني الجزائري الذي حمل المَقاول تبعة الهلاك و ألزمه بالتعويض في حالة وقوع الهلاك بسبب خطأ منه.

24- في حالة وقوع الهلاك من غير تعدّد وتفريط من الأجير المشترك؛ فإنّ الفقهاء اختلفوا في تضمينه وتحميله تبعة الهلاك؛ فمنهم من جعل يده يد ضمان، ومنهم من رأى أنّ يده يد أمانة، لا يضمن إلا بالتعدّي أو التقصير، وهذا الرأي الأخير يتوافق مع القانون المدني؛ الذي اعتبر يد المَقاول يد أمانة؛ فلا يضمن إلا إذا تعدّى، بعد بذله عناية الشخص المعتاد، أو تجاوز المألوف المعتاد.

25- يدُ المستأجر على العين المؤجّرة في الفقه الإسلامي- باتفاق مذاهبه - يد أمانة؛ فلا يجب عليه ضمانها إلا في حالة التعدّي أو التّفريط؛ فإذا احترقت العين المؤجّرة من غير تفريطه أو تقصيره؛ فلا يقع على عاتقه عبء الهلاك، إلا أنه يتحمل تبعة الهلاك إذا كان الحريق بتعديه أو بتقصيره؛ كما لو أشعل النار في العين المؤجّرة على غير العادة، بينما في القانون الجزائري فإنّ المستأجر مسؤول عن العين المؤجّرة بمجرد احتراقها؛ فالخطأ في حقّه مفترض.

26- التزام المستأجر في الفقه الإسلامي بالحفاظ على العين المؤجّرة هو التزام ببذل عناية، بينما في القانون الجزائري هو التزام بتحقيق غاية في حالة احتراق العين المؤجّرة.

27- الفقه الإسلامي لم يُميّز بين هلاك العين المؤجّرة بفعل الحريق وبين هلاكها بأيّ سبب من أسباب الهلاك، بينما القانون الجزائري جعل مسؤولية المستأجر عن هلاك العين المؤجّرة بسبب الحريق أشدّ من مسؤوليته عن هلاكها بأيّ سبب من الأسباب، نظرا لخطورة الحريق.

28- كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني، يتفقان في تضمين الطبيب الذي وقع منه خطأ وأدى إلى إلحاق الضرر بالمريض، غير أنّهما يختلفان في أسس تقدير هذا الضمان.

29- يتفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في عدم تضمين الطبيب الحاذق إذا أدّى بواجبه، ومارس مهنته بإتقان وأمانة وإخلاص تجاه مريضه، ولم يكن متعدّيّا ولا مقصّرًا ولا متهاونا.

30- قضى الحنفية والشافعية والحنابلة بانفساخ الشركة بهلاك محلّها قبل الخلط، والمالكية قضوا بعدم انفساخها؛ لأنها لازمة بالعقد، وفي حالة هلاك المال بعد الخلط فإنّ المالكية والحنابلة قالوا بعدم انفساخ الشركة، والحنفية والشافعية قالوا بانفساخ الشركة بهلاك مالها بعد الخلط، إلا أنّ الحنفية تحدثوا عن هلاك بعض المال بعد الخلط، وذكروا أنّ الباقي يبقى على الشركة، أي أنّها لا تبطل، وما قرّره أهل القانون من انفساخ الشركة وانقضائها بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)، ولم يُميّز القانونيون بين الهلاك الحاصل قبل التسليم وبين الهلاك الواقع بعده.

31- يلتقي القانون مع الفقه الإسلامي في اشتراط تحمل الشريك جزءا من الخسارة، على أساس وجود نيّة الاشتراك التي تُعتبر ركنا من أركان الشركة في القانون، وهذه النيّة مفسّرة بالرغبة في تحصيل الربح مع الاستعداد لتحمل الخسارة، باستثناء الشريك بالعمل في شركة المضاربة فإنه لا يتحمل الخسارة؛ لأنه لم يُقدّم سوى عمله، وهذا ما قرّره القانون من جواز إعفاء الشريك بالعمل من المساهمة في الخسائر، بشرط عدم تقرير أجره ثمّن عمله.

32- هناك اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في عدم جواز الاتفاق على إعفاء أحد الشركاء من تحمل الخسائر.

33- في القانون المدني الجزائري مبدأ عام وهو أنّ الشركاء مسؤولون عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة، كلّ منهم بنسبة نصيبه في خسائر الشركة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بنسبة أخرى، وهذا هو الرأي المقرّر عند جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، الذين جعلوا هلاك مال الشركة بعد خلط المال على الشركة، أي من ضمان الشركاء، كلّ بقدر حصة من رأس المال، إلا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لا يُجيزون الاتفاق على توزيع نسبة الخسائر على غير قدر رأس المال، أي أنّ الخسارة عندهم تكون على قدر رأس المال، واشتراط خلاف ذلك يجعل الشرط فاسدا لا نفاذ له، فالشرط باطل والعقد صحيح.

34- المسؤولية الشخصية التضامنية غير المحدودة التي لها علاقة بشركات الأشخاص تتوافق مع شركة المفاوضة في الفقه الحنفي والمالكي والحنبلي، فهي تتفق مع قواعد شركة المفاوضة،

وتختلف عن شركة العنان؛ لأنها تقوم على الوكالة لا على الكفالة، ولا تتفق مع شركتي الوجوه والأعمال؛ لأنهما لا يوجد فيهما مال حتى تصحّ الكفالة فيهما، فشركة الوجوه مبنية على الوجهة، وشركة الأعمال تقوم على مبدأ تقبّل الأعمال.

35- أغلب التشريعات العربية أخذت بقول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية

في الأظهر والحنابلة في الصحيح من مذهبهم القاضي بإثبات الخيار للمسلم بين فسخ

السلم، واسترداد رأس ماله إن كان باقيا، أو بدله من المثل أو القيمة إن كان تالفا، أو الصبر

إلى أن يوجد المسلم فيه؛ فيأخذه حينئذ، هذا إن كان انقطاع المسلم فيه انقطاعا كلياً، أما إذا

كان الانقطاع جزئياً؛ فإنّ هاته التشريعات أخذت برأي الشافعية والحنابلة، الذين أثبتوا

للمسلم الخيار بين الفسخ، وبين الصبر إلى أن يوجد المسلم فيه.

ثانياً: المقترحات:

1- أقتراح على المشرّع الجزائري أن يقوم بحصر عقود المعاوضات وتحديدتها، وأن يخصّها بباب مستقل في القانون المدني.

2- أقتراح أن يتمّ تعديل نصّ المادة 467 'ق،م،ج' التي نصّت على أنّ: "الإيجار عقد يُمكن

المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"، بإضافة قيد

'مباح شرعاً' لتقييد الانتفاع بالشيء، وتصبح العبارة: 'من الانتفاع بشيء مباح شرعاً، وذلك

لمنع الإيجار على المحرمات والفواحش.

3- أقتراح على المشرّع الجزائري أن يقوم بتنظيم عقد السلم في القانون المدني، في القسم الثاني

المعنون ب: أنواع البيع، من الفصل الأول المعنون ب: عقد البيع، من الباب السابع المعنون ب:

العقود المتعلقة بالملكية، كما هو الشأن في غالبية التشريعات العربية، لأنّ الاقتصار على إباحة

التعاقد في الأشياء المستقبلية غير كاف، إذ أنّ هذا النوع من العقود لا يُشترط فيها قبض الثمن

في المجلس، بخلاف السلم في الفقه الإسلامي؛ فإنّ ذلك مشروط.

وختاماً

أشكر المولى سبحانه على ما منّ به من تيسير إنجاز هذا البحث، وآمل أن يجد قارئوه الفائدة المرجوة، وأتمنى أن أكون قد وفّقتُ في قصدي وسعيي، ولا أدعي خلوّ النقص في عملي، ولا بلوغ الكمال، وكما قال القائل: "إني رأيتُ أنه لا يكتُب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده: - لو غيّر هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يُستحسن، ولو قُدّم هذا لكان أفضل، ولو تُرك هذا لكان أجمل، وهذا لعمرى من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

أسأل الله عز وجل القبول والتوفيق والسداد، وحسن الجزاء، إنه ولي ذلك والقادر عليه، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

الفهارس العامة

* فهرس الآيات القرآنية.

* فهرس الأحاديث النبوية.

* فهرس الأعلام.

* فهرس المصادر والمراجع.

* فهرس المحتويات.

| الصفحة | رقمها | الآية |
|--------------|-----------|--|
| سورة البقرة | | |
| 52 | 278 - 279 | ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُمْ مُؤْمِنِينَ ﴿٢٧٨﴾ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ ^ط وَإِن تَبَتُّمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ ﴿٢٧٩﴾﴾ |
| 15 | 205 | ﴿وَيُهْلِكُ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ﴾﴾ |
| 197 | 282 | ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بَدِينِ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى فَآكُتُبُوهُ﴾﴾ |
| سورة النساء | | |
| 15 | 176 | ﴿إِن أَمْرٌ ءَاهَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَدٌّ﴾﴾ |
| سورة المائدة | | |
| 19 | 1 | ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾﴾ |
| سورة التوبة | | |
| 131 | 60 | ﴿وَالْعَمَلِينَ عَلَيْهَا﴾﴾ |
| سورة يوسف | | |
| 12 | 91 | ﴿قَالُوا تَاللَّهِ لَقَدْ ءَاثَرَكُ اللَّهُ عَلَيْنَا وَإِن كُنَّا لَخٰطِئِينَ ﴿٩١﴾﴾﴾ |
| سورة الكهف | | |
| 93 | 77 | ﴿فَانطَلَقَا حَتَّىٰ إِذَا أَتَيَا أَهْلَ قَرْيَةٍ اسْتَطَعَمَا أَهْلَهَا فَأَبَوْا أَن يُضَيِّفُوهُمَا فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنْقَضَ فَأَقَامَهُ ^ط قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾﴾ |

| | | |
|-----|-----------|---|
| 217 | -94 97 | ﴿قَالُوا يَا ذَا الْقُرْنَيْنِ إِنَّ يَا جُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا﴾ ﴿٩٤﴾ قَالَ مَا مَكَّنِّي فِيهِ رَبِّي خَيْرٌ فَأَعِينُونِي بِقُوَّةٍ أَجْعَلْ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ رَدْمًا ﴿٩٥﴾ ءَاتُونِي زُبَرَ الْحَدِيدِ حَتَّىٰ إِذَا سَاوَىٰ بَيْنَ الصَّدَفَيْنِ قَالَ انْفُحُوا ^ط حَتَّىٰ إِذَا جَعَلَهُ نَارًا قَالَ ءَاتُونِي أُفْرِغْ عَلَيْهِ قِطْرًا ﴿٩٦﴾ فَمَا اسْتَطَعُوا أَنْ يَظْهَرُوهُ وَمَا اسْتَطَعُوا لَهُ نُقْبًا ﴿٩٧﴾ 97-94. |
|-----|-----------|---|

سورة طه

| | | |
|-----|----|---|
| 159 | 32 | ﴿وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي﴾ ﴿٣٢﴾ |
| 46 | 96 | ﴿فَقَبَضْتُ قَبْضَةً مِّنْ أَثَرِ الرَّسُولِ﴾ |

سورة القصص

| | | |
|----|----|--|
| 93 | 26 | ﴿قَالَتْ إِحَدِلُّهُمَا بِبَيِّنَاتٍ أَتَّجِرُهُ ^ط إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ |
| 15 | 88 | ﴿كُلُّ شَيْءٍ هَالِكٌ إِلَّا وَجْهَهُ﴾ |

سورة الروم

| | | |
|-----|----|---|
| 162 | 28 | ﴿ضَرَبَ لَكُمْ مَثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ ^ط هَلْ لَّكُمْ مِّنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ شُرَكَاءَ فِي مَارِزَقَاتِكُمْ فَأَن تَرَفِيهِ سِوَاءَ تَخَافُونَهُمْ كَخِيفَتِكُمْ أَنفُسَكُمْ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْقِلُونَ﴾ |
|-----|----|---|

سورة ص

| | | |
|-----|----|--|
| 162 | 24 | ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ |
|-----|----|--|

سورة الزمر

| | | |
|----|----|---|
| 46 | 67 | ﴿وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾ |
|----|----|---|

| سورة الأحقاف | | |
|--------------|----|---|
| 11 | 4 | ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَتَادَعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَرُونِي مَاذَا خَلَقُوا مِنَ الْأَرْضِ أَمْ لَهُمْ شِرْكٌ فِي السَّمَوَاتِ أَتَتُونِي بِكِتَابٍ مِنْ قَبْلِ هَذَا أَوْ أَثَرَةٍ مِنْ عِلْمٍ إِنْ كُنْتُمْ صَادِقِينَ﴾ |
| | | سورة الحاقة |
| 15 | 29 | ﴿هَلَاكَ عَنِّي سُلْطَانِيَّةٌ﴾ |

فهرس الأحادس النبوة والآثار

| الصفحة | الحديث أو الأثر |
|--------|---|
| 217 | "أن رسول الله ﷺ اصطنع خاتماً من ذهب، فكان يجعل فصّه في باطن كفّه إذا لبسه" |
| 53 | "أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض، قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله" |
| 69 | "الثلث، والثلث كثير" |
| 77 | "المسلمون على شروطهم" |
| 69 | "أمر بوضع الجوائح" |
| 163 | "أنا ثالث الشريكين، ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهم" |
| 94 | "ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يُعطه أجره" |
| 69 | "خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك" |
| 201 | "قدم النبي ﷺ المدينة وهم يُسلفون بالتمر السنتين والثلاث، فقال: من أسلف في شيء، ففي كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم" |
| 56 | "قضى أن الخراج بالضمان" |
| 166 | "ما كان يدا بيد فخذوه، وما كان نسيئة فردّوه" |
| 148 | "من تطب ولم يكن بالطب معروفاً، فأصاب نفسه ما دونها فهو ضامن" |
| 94 | "واستأجر النبي ﷺ وأبو بكر رجلاً من بني الدليل ثم من بني عبد بن عدي هادياً خريزياً - الخريز: الماهر بالهداية - قد غمس يمين جلف في آل العاصي بن وائل، وهو على دين كفار قريش، فأمناه، فدفعنا إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحتيهما صبيحة ليالٍ ثلاث، فارتحلا" |

فهرس الأعلام

| الصفحة | العلم |
|---------|--------------------|
| | الفصل التمهيدي |
| 11 | الزجاج |
| 12 | الأصمعيّ |
| 19 | الخصاص الحنفي |
| 31 | ابن تيمية |
| 31 | ابن القيم |
| | الفصل الأول |
| 84 | ابن أبي ليلي |
| 73 | زُفر |
| | الفصل الثاني |
| 97 | إسحاق المروزي |
| | الفصل الثالث |
| 163 | الحاكم |
| 163 | ابن القطان |
| 163 | ابن حبان |
| 164 | الأمدي |
| 164 | أبو المنهال |
| 164 | البراء بن عازب |
| 164 | زيد بن أرقم |
| 179 | محمد بن الحسن |
| 179 | الحسن بن زياد |
| 186 | ابن رشد الجدّ |
| 187 | عبد الحقّ الإشبيلي |
| 187 | ابن يونس |
| | الفصل الرابع |
| 204-203 | أشهب - سحنون |

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولاً: كتب التفسير وعلوم القرآن

- 1- الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، (1412هـ-1992م).
- 2- ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م).
- 3- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، ط3، (1416هـ-1996م).
- 4- القرطبي، أبو عبد الله، محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، اعتنى به وصححه: الشيخ هشام سمير البخاري، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ط2، (1423هـ-2003م).

ثانياً: كتب الحديث وشروحه وعلومه

- 5- ابن الأثير مجد الدين، أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري، النهاية في غريب الحديث والأثر، تحقيق: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 6- البخاري، أبو عبد الله، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1، (1423هـ-2002م).
- 7- ابن بطلال، أبو الحسن، علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، مكتبة الرشد، الرياض، دط، دت.
- 8- البيهقي، أبو بكر، أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م).
- 9- الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى، الجامع الكبير، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1996.

10- ابن حنبل، أحمد بن محمد المسند، تحقيق: أحمد محمد شاكر، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1416هـ-1995م).

11- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: أبو عبدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط2، دت.

12- الزيلعي الحنفي، جمال الدين، أبو محمد، عبد الله بن يوسف، نصب الراية لأحاديث الهداية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).

13- الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، (1427هـ-2006م).

14- الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السلام شرح بلوغ المرام، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، (1427هـ-2006م).

15- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد، شرح معاني الآثار، تحقيق: محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، عالم الكتب، بيروت، ط1، (1414هـ-1994م).

16- ابن ماجه، أبو عبد الله، محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دط، دت.

17- مسلم، أبو الحسين، ابن الحجاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، القاهرة، ط1، (1412هـ-1991م).

18- النسائي، أبو عبد الرحمن، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2001م).

ثالثاً: كتب اللغة والمعاجم والغريب

19- الأزهري، أبو منصور محمد بن أحمد، تهذيب اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، الدار المصرية للتأليف والترجمة، مصر، دط، دت.

- 20- التّهانوي، محمد علي، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، تحقيق: علي دحروج، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، 1996.
- 21- الجرجاني، عليّ بن محمد الشريف، التعريفات، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1985م.
- 22- الجوهري، إسماعيل بن حماد، الصحاح: تاج اللغة العربية وصحاح العربية، تحقيق: أحمد عبد الغفور العطار، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط4، (1409هـ-1990م).
- 23- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، إخراج: دائرة المعاجم، مكتبة لبنان، بيروت، دط، 1986م.
- 24- الزبيدي، السيّد محمد مرتضى الحسيني، تاج العروس من جواهر القاموس، تحقيق: إبراهيم التزوي، مطبعة حكومة الكويت، دط، (1392هـ-1972م).
- 25- الزمخشري، أبو القاسم جار الله محمود بن عمر، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1998م).
- 26- ابن فارس، أبو الحسين أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر، دط، (1399هـ-1979م).
- 27- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، تحقيق: محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط8، (1426هـ-2005م).
- 28- الفيروزآبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز، تحقيق: محمد علي النجار، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية - لجنة إحياء التراث الإسلامي، القاهرة، ط3، (1416هـ-1996م).
- 29- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، بيروت، لبنان، دط، 1987م.
- 30- مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز، جمهورية مصر العربية، ط1، (1400هـ-1980م).
- 31- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، جمهورية مصر العربية، ط4، (1425هـ-2004م).

- 32- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم أحمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، دط، دت.
- 33- نزيه حمّاد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، دار القلم، دمشق، ط1، (1429هـ-2008م).

رابعاً: كتب أصول الفقه وقواعده

- 34- ابن حزم، أبو محمد، علي بن أحمد بن سعيد، الإحكام في أصول الأحكام، تحقيق: أحمد محمد شاكر، منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 35- ابن رجب الحنبلي، أبو الفرج عبد الرحمان بن أحمد، القواعد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1429هـ-2008م).
- 36- الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، المنشور في القواعد، تحقيق: تيسير فائق أحمد، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط1، (1402هـ-1982م).
- 37- السبكي، تاج الدين، عبد الوهاب بن علي، الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1411هـ-1991م).
- 38- السبكي، تاج الدين، عبد الوهاب بن علي، جمع الجوامع في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1424هـ-2003م).
- 39- ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، (1423هـ-2002م).
- 40- ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، تحقيق: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، ط4، (1426هـ-2005م).

خامساً: كتب الفقه والمذاهب الفقهية

- 41- الآبي الأزهري، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).
- 42- أحمد الصّاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك، ضبطه صححه: محمد عبد السلام شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط01، (1415هـ-1995م).

- 43- الأسيوطي، شمس الدين، محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، طبع على نفقة محمد سرور الصبان، وزير مالية المملكة العربية السعودية، ط2، دت.
- 44- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد الزهري الغمراوي، المطبعة الميمنية، دط، 1313هـ.
- 45- الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا، والسنيني، زين الدين أبو يحيى، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، دط، دت.
- 46- الباجي، أبو الوليد، سليمان بن خلف، المنتقى شرح موطأ مالك، تحقيق: محمد عبد القادر أحمد عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ-1999م).
- 47- البغوي، أبو محمد، الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).
- 48- البهوتي، منصور بن يونس، شرح منتهى الإرادات، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط1، (1421هـ-2000م).
- 49- البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع عن الإقناع، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية، ط1، (1426هـ-2005م).
- 50- البيجوري، إبراهيم، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن أبي شجاع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، (1420هـ-1999م).
- 51- التتوخي الحنبلي، زين الدين المنجي بن عثمان بن أسعد، الممتع في شرح المقنع، تحقيق: عبد الملك بن عبد الله بن دهيش، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، ط3، (1424هـ-2003م).
- 52- ابن جزى الغرناطي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، تحقيق: ماجد الحموي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، (1434هـ-2013م).
- 53- الجصاص، أبو بكر، أحمد بن علي الرازي، شرح مختصر الطحاوي في الفقه الحنفي، تحقيق: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، (1431هـ-2010م).

- 54- ابن الحاجب المالكي، جمال الدين بن عمر، جامع الأمهات، تحقيق: أبو عبد الرحمان الأخضر الأخصري، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط1، (1419هـ-1998م).
- 55- الحبيب بن الطاهر، الفقه المالكي وأدلتها، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط1، (1430هـ-2009م).
- 56- الحجاوي المقدسي، شرف الدين، موسى بن أحمد بن موسى بن سالم، الإقناع لطالب الانتفاع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار الملك عبد العزيز، الرياض، ط3، (1423هـ-2002م).
- 57- ابن حزم، أبو محمد عليّ بن أحمد، المحلى بالآثار، تحقيق: أحمد محمد شاكر، إدارة الطباعة المنيرية، مصر، ط1، 1348هـ.
- 58- الخطاب الرعيني، أبو عبد الله محمد بن محمد، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، ضبط وتخرّيج: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1416هـ-1995م).
- 59- حمدي السلفي وصبحي السامرائي، مقدمة تحقيق كتاب الأحكام الوسطى، للإمام عبد الحق الإشبيلي، مكتبة الرشد، الرياض، دط، (1416هـ-1995م).
- 60- الخرشبي، أبو عبد الله محمد، شرح الخرشبي على مختصر خليل، دار الفكر للطباعة، بيروت، دط، دت.
- 61- الدردير، أحمد بن محمد بن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب، كانو، نيجيريا، دط، (1420هـ-2000م).
- 62- الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، القاهرة، دط، دت.
- 63- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، عيسى الباي الحلبي، دط، دت.
- 64- الرافعي القزويني، أبو القاسم، عبد الكريم بن محمد، فتح العزيز بشرح الوجيز، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1417هـ-1997م).

- 65- الرّحبياني، مصطفى السيّوطي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، منشورات المكتب الإسلامي، دط، دت.
- 66- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ط6، (1402هـ-1982م).
- 67- ابن رشد القرطبي، أبو الوليد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهّدات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1408هـ-1988م).
- 68- الرملي، شمس الدين محمد بن أبي العباس، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1424هـ-2003م).
- 69- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، الطبعة: الرابعة المنقّحة المعدّلة بالنّسبة لما سبقها (وهي الطبعة الثانية عشرة لما تقدمها من طبعات مصورة).
- 70- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط2، (1405هـ-1985م).
- 71- الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وبهامشه حاشية الشلبي، المطبعة الأميرية الكبرى، بولاق مصر الحمية، ط1، 1313هـ.
- 72- السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1405هـ-1984م).
- 73- ابن شاس، جلال الدّين عبد الله بن نجم، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد أبو الأصفان وعبد الحفيظ منصور، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1415هـ-1995م).
- 74- الشافعي، محمد بن إدريس، كتاب الأم، تحقيق وتخريج: رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، ط1، (1422هـ-2001م).
- 75- الشرييني، شمس الدين، محمد بن محمد الخطيب، الإقناع في ألفاظ أبي شجاع، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، (1425هـ-2004م).

- 76- الشريبي، شمس الدين محمد بن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).
- 77- شمس الدين، أحمد بن قودر، المعروف بقاضي زاده أفندي، تكملة شرح فتح القدير، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م).
- 78- الشيرازي، أبي إسحاق إبراهيم بن علي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1416هـ-1995م).
- 79- ابن عابدين، محمد أمين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م).
- 80- عبد الرحمن شيخي زاده، داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1998م).
- 81- عبد الغني الغنيمي، اللباب في شرح الكتاب، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 82- العيني، أبو محمد، محمود بن أحمد، البناء في شرح الهداية، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، (1411هـ-1990م).
- 83- الغرياني، الصاق بن عبد الرحمان، المعاملات في الفقه المالكي، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط2، (1440هـ-2019م).
- 84- الغزالي، محمد بن محمد، الوسيط في المذهب، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، ط1، (1417هـ-1997م).
- 85- الفندلاوي، أبو الحجاج، يوسف بن دوناس، تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك، تحقيق: أحمد البوشيخي، دار الغرب الإسلامي، تونس، ط1، (1430هـ-2009م).
- 86- ابن قائد، عثمان بن أحمد بن سعيد النجدي، حاشية منتهى الإرادات في جمع المقنع مع التنقيح وزيادات لابن النجار الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1419هـ-1999م).
- 87- ابن قاسم العاصمي، عبد الرحمان بن محمد، حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، دون ناشر، ط1، 1397هـ.

- 88- القاضي عبد الوهاب، أبو محمد، بن علي بن نصر البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن القيم للنشر والتوزيع، الرياض، ودار ابن عفان للنشر والتوزيع، القاهرة، ط1، (1429هـ-2008م).
- 89- ابن قدامة المقدسي، أبي محمد عبد الله بن أحمد، المغني، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، دط، (1403هـ-1983م).
- 90- ابن قدامة، موفق الدين، أبو محمد، عبد الله بن أحمد بن محمد، المقنع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، ط1، (1415هـ-1995م).
- 91- القدوري، أحمد بن محمد، التجريد، تحقيق: محمد أحمد سراج وعلي جمعة، دار السلام، القاهرة، ط2، (1427هـ-2006م).
- 92- القرافي، شهاب الدين، أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، (1414هـ-1994م).
- 93- قليوبي، شهاب الدين أحمد بن أحمد، وعميرة، شهاب الدين أحمد البرلسي، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ط3، (1375هـ-1956م).
- 94- الكشناوي، أبو بكر بن حسن، أسهل المدارك شرح إرشاد السالك، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، دت.
- 95- الكلوزاني، أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف هميم وماهر ياسين الفحل، شركة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط1، (1425هـ-2004م).
- 96- اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبي حنيفة، مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، (1392هـ-1972م).
- 97- اللجنة التحضيرية لتقنين الشريعة الإسلامية، مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام مالك، مجمع البحوث الإسلامية، الطبعة التمهيدية، (1392هـ-1972م).

- 98- ابن مازة البخاري الحنفي، برهان الدين، أبو المعالي، محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، تحقيق: عبد الكريم سامي الجندي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2004م).
- 99- الماوردي، أبي الحسن علي بن محمد، الحاوي الكبير، تحقيق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1414هـ-1994م).
- 100- محمد عيش، منح الجليل شرح على مختصر سيدي خليل، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1404هـ-1984م).
- 101- المرادوي، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: أبي عبد الله محمد حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).
- 102- المرغيناني، برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، باكستان، ط1، 1417.
- 103- ابن مفلح، شمس الدين محمد، الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م).
- 104- ابن مفلح الحنبلي، أبو إسحاق، برهان الدين إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).
- 105- ابن مودود الموصلية الحنفي، عبد الله بن محمود، الاختيار لتعليل المختار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وأحمد محمد برهوم وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، الجمهورية العربية السورية، ط1، (1430هـ-2009م).
- 106- الموصلية، عبد الله بن محمود بن مودود، الاختيار لتعليل المختار، دار الفكر العربي، دط، دت.
- 107- ابن نجيم الحنفي، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، تحقيق: زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1418هـ-1997م).

- 108- النسفي، أبو البركات، عبد الله بن أحمد بن محمود، النهر الدافق شرح كنز الدقائق، تحقيق: أحمد عزو عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1423هـ-2002م).
- 109- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، تحقيق: محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، دط، دت.
- 110- النووي، أبو زكريا يحيى بن شرف، روضة الطالبين، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م).
- 111- النووي، أبو زكريا، محي الدين، يحيى بن شرف، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط1، (1426هـ-2005م).
- 112- ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، تعليق وتخرىج: عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م).

سادسا: كتب السير والتراجم

- 113- ابن الحنائي، علاء الدين، علي بن أمر الله الحميدي، طبقات الحنفية، تحقيق: محي هلال السرحان، مطبعة ديوان الوقف السني، بغداد، ط1، (1426هـ-2005م).
- 114- الذهبي، شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان، تذكرة الحفاظ، دار الكتب العلمية، بيروت، دط، دت.
- 115- الذهبي، شمس الدين، محمد بن أحمد بن عثمان، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وحسين السيّد، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، (1402هـ-1982م).
- 116- الزبيدي الأندلسي، أبو بكر، محمد بن الحسن، طبقات النحويين واللّغويين، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، دار المعارف، مصر، ط2، دت.
- 117- الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م.
- 118- الصفدي، صلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله، الوافي بالوفيات، تحقيق: أحمد الأرنؤوط وتركي مصطفى، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط1، (1420هـ-2000م).

119- ابن عبد الهادي الدمشقي الصالحى، أبو عبد الله، محمد بن أحمد، طبقات علماء الحديث، تحقيق: أكرم البوشي وإبراهيم الزبيق، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، (1417هـ-1996م).

120- ابن فرحون المالكي، برهان الدين اليعمرى، إبراهيم بن علي بن محمد، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: محمد الأحمدى أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ط1، دت.

121- القاضي عياض، أبو الفضل، ابن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: عبد القادر الصحراوي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1970م.

122- ابن كثير الدمشقي، طبقات الفقهاء الشافعيين، تحقيق: أحمد عمر هاشم، مكتبة الثقافة الدينية، مصر، ط1، (1413هـ-1993م).

123- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة الكبرى، رواية الأمام سحنون بن سعيد التنوخي عن الإمام عبد الرحمان بن قاسم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1415هـ-1994م).

124- محمد بن محمد مخلوف، شجرة التور الزكية في طبقات المالكية، تخرىج وتعليق: عبد المجيد خيالى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1424هـ-2003م).

125- محيى الدين الحنفى، أبو محمد، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشى، الجواهر المضىة في طبقات الحنفية، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، بغداد، ط2، (1413هـ-1993م).

126- المزى، جمال الدين، أبو الحجاج، يوسف بن عبد الرحمان، تهذيب الكمال في أسماء الرجال، تحقيق: بشار عواد معروف، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، (1413هـ-1996م).

127- ياقوت الحموى الرّومى، معجم الأدياء، تحقيق: إحسان عباس، دار الغرب الإسلامى، بيروت، لبنان، ط1، (1414هـ-1993م).

سابعا: كتب الفقه الإسلامي العام والمعاصر

- 128- أحمد بن صالح بن علي بافضل، أحكام عقد الصرف وتقلب أسعار العملات، تريم للدراسات والنشر، حضرموت، الجمهورية اليمنية، ط1، (1435هـ-2014م).
- 129- إدارة الفتوى والبحوث، عقد الإجارة في الفقه والقانون، بنك التضامن الإسلامي الخرطوم، ط2، (1431هـ-2010م).
- 130- إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد-دراسة مقارنة-، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، ط1، 2018م.
- 131- بدران أبو العينين بدران، تاريخ الفقه الإسلامي ونظرية الملكية والعقود، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، دط، دت.
- 132- جمال عبد الوهاب عبد الغفار الهلبي، أثر القبض في عقود التوثيقات-دراسة فقهية مقارنة(عقد الرهن)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2016م.
- 133- ديبان بن محمد الديان، المعاملات المالية: أصالة ومعاصرة، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، ط2، (1434هـ-2013م).
- 134- رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة، دار الرشيد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط3، (1401هـ-1981م).
- 135- رفيق يونس المصري، الجامع في أصول الربا، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط1، (1412هـ-1991م).
- 136- سلطان بن إبراهيم بن سلطان الهاشمي، أحكام تصرفات الوكيل في عقود المعاوضات المالية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، ط1، (1422هـ-2002م).
- 137- سليمان بن صالح الخميس، الإجارة الطويلة والمنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، (1439هـ-2018م).
- 138- عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد الربوية المصرفية، دار الصحافة للتراث بطنطا للنشر والتحقيق والتوزيع، ط1، (1413هـ-1992م).

- 139- عباس أحمد محمد الباز، أحكام صرف النقود والعملات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1419هـ-1999م).
- 140- عبد الحميد بن سعد السعود، أثر تلف المعقود عليه، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، ط1، (1426هـ-2005م).
- 141- عبد الرؤوف بن محمد بن أحمد الكمالي، الزيادة وأثرها في المعاوضات المالية، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، الكويت، ط4، (1422هـ-2002م).
- 142- عبد السلام التونجي، المسؤولية المدنية للطبيب في الشريعة الإسلامية وفي القانون السوري والمصري والفرنسي، دار المعارف، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 143- عبد العزيز الحياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط4، (1414هـ-1994م)، 01.
- 144- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط6، (1405هـ-1985م).
- 145- عبد الكريم زيدان ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، لبنان، ط1، (1425هـ-2005م).
- 146- عبد الله علي محمود الصّيفي، الجهالة وأثرها في عقود المعاوضات، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1426هـ-2006م).
- 147- عبد النبي بن عبد الرسول الأحمد نكري، دستور العلماء أو جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، تحقيق: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2000م).
- 148- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية-دراسة فقهية مقارنة-، المعهد الإسلامي للبحوث التدريب-البنك الإسلامي للتنمية، المملكة العربية السعودية، ط1، (1413هـ-1992م).
- 149- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، (1429هـ-2008م).

- 150- علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي-بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، (1430هـ-2009م).
- 151- علي حيدر، درر الحكّام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، طبعة خاصة، (1423هـ-2003م).
- 152- علي السالوس، فقه البيع والإستيثاق والتطبيق المعاصر: دراسة في الفقه الإسلامي مقارناً بالقانون، مكتبة دار القرآن، مصر، ط7، (1429هـ-2008م).
- 153- فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت، ط1، 1983هـ.
- 154- قذافي عزات الغنائم، العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردنّ، ط1، (1428هـ-2008م).
- 155- قيس بن محمد آل الشيخ مبارك، التداوي والمسؤولية الطبية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط2، (1418هـ-1997م).
- 156- ابن قيم الجوزية، شمس الدين، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، الطبّ النبوي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، دط، دت.
- 157- كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاوله في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة-، ط2، (1404هـ-1984م).
- 158- كامل موسى، أحكام المعاملات، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط2، (1415هـ-1994م).
- 159- مجلة الأحكام العدلية، إدارة الجوائب، مطبعة الجوائب بالأستانة العلية، ط3، 1305هـ.
- 160- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، دط، 1996.
- 161- محمد رواس قلعه جي، المعاملات المالية المعاصرة في ضوء الفقه والشريعة، دار النفائس، بيروت، لبنان، ط2، (1423هـ-2002م).

- 162- محمد سليمان الأشقر، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة: عقد الاستصناع، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، (1418هـ-1998م).
- 163- محمد عبد الله عتيقي، عقود الشركات-دراسة فقهية مقارنة مع موجز في القانون الكويتي-، مكتبة ابن كثير، الكويت، ط1، (1417هـ-1996م).
- 164- محمد عبد المقصود جاب الله، مسؤولية المستأجر والأجير في الشريعة الإسلامية، ط1، (1400هـ-1980م).
- 165- محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات-دراسة مقارنة-، دار المريخ للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، (1406هـ-1986م).
- 166- محمد قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط2، (1308هـ-1891م).
- 167- محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، ط10، (1405هـ-1985م).
- 168- محمود محمد عبد العزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ط1، 1993م.
- 169- محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه-دراسة مقارنة- بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2012م.
- 170- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، (1425هـ-2004م).
- 171- ناصر أحمد إبراهيم النشوي، عقد الاستصناع: التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به، دراسة فقهية تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، (1428هـ-2007م).
- 172- نهلة أحمد عبد الفتاح خضر، أثر الرجوع في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2019م.

173- وليد مصطفى شاويش، بيع السلم بين الفقه الإسلامي والفكر الاقتصادي الوضعي، دار الفتح للدراسات والنشر، عمان، الأردن، ط1، (1435هـ-2014م).

174- وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة، دار الفكر، دمشق، ط9، (1433هـ-2012م).

ثامنا: كتب الفتاوى والموسوعات الفقهية

175- أعلام المفتين، الفتاوى الإسلامية من دار الإفتاء المصرية، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، دط، (1400هـ-1980م).

176- ابن تيمية، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، دط، (1425هـ-2004م)، ج29.

177- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة.

178- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، (1404هـ-1983م).

179- نظام الدين البرنهابوري البلخي وجماعة من العلماء، الفتاوى الهندية، ضبطه وصححه: عبد اللطيف حسن عبد الرحمان، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، (1421هـ-2000م).

تاسعا: كتب القانون

180- إبراهيم السيد أحمد، العقود والشركات التجارية فقها وقضاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط1، 1999م.

181- أحمد السعيد الزقرد، عقد البيع، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، ط1، 2010م.

182- أحمد حسن الحياي، المسؤولية المدنية للطبيب في ضوء النظام القانوني الأردني و النظام القانوني الجزائري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دط، 2008م.

183- أحمد شرف الدين، مسؤولية الطبيب وإدارة المرفق الصحي العام، طبعة 1983م.

- 184- إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1966.
- 185- أكْمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، قصر الكتاب، البلدية، الجزائر، 2006م.
- 186- البار، محمد علي، المسؤولية الطبية لأخلاقيات الطبيب، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، ط1، (1416هـ-1995م).
- 187- باسم محمد ملحم، بسام حمد طراونة، الشركات التجارية، دار المسيرة، عمان، ط1، 2012م.
- 188- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، دط، 1997م.
- 189- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر.
- 190- توفيق حسن فرج، عقد الإيجار، دراسة لأحكام قوانين الإيجارات، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1984هـ.
- 191- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، دط، 1991م.
- 192- جميلة دوار، عقد الإيجار في التشريع المدني، دار طليطلة، ط1، 2011.
- 193- حسن زكي الإبراشي، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية في التشريع المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.
- 194- حسين تونسي، محمد، انحلال العقد-دراسة تطبيقية حول عقد البيع وعقد المقاوله، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2007م.
- 195- حمزة قتال، مصادر الالتزام-العقد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دط، 2018.
- 196- رمضان أبو السعود، العقود المسماة، عقد الإيجار، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1994.

- 197- الزحيلي، محمد، العقود المسماة(البيع-المقايضة-الإيجار)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ط4، 1994م.
- 198- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني- في العقود المسماة-عقد الإيجار-، ط4، 1993.
- 199- سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980.
- 200- سميحة القليوبي ، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط5، 2011م.
- 201- سمير شيهاني، الوجيز في شرح عقد الإيجار المدني فقها وتشريعا وقضاء، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، (1438هـ-2017م).
- 202- سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، اسكندرية ، مصر، ط1، 2009م.
- 203- سي يوسف زاهية حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2014م.
- 204- بن الصغير مراد، أحكام الخطأ الطبي في ظلّ قواعد المسؤولية المدنية، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2015م.
- 205- عباس حلمي المنزلاوي، القانون التجاري- الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 1992م.
- 206- عبد الرازق حسن فرج، عقد الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار الأماكن، مطبعة المدني، القاهرة، (1399هـ-1979م).
- 207- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دط، دت.
- 208- عبد المنعم فرج الصدّة، مبادئ القانون، دار النهضة العربية، بيروت، مصر، دط، 1982م.
- 209- عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، شركة الجلال للطباعة، الإسكندرية، ط7، 2002م.

- 210- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2003.
- 211- علي فيلاي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد-، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية للنشر، الجزائر، 2008.
- 212- علي فيلاي، العقود الخاصة-البيع-، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع (موفم)، الجزائر، 2018م.
- 213- غطاشة أحمد عبد اللطيف، الشركات التجارية، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1999م.
- 214- فودة عبد الحكيم، التعويض المدني(المسؤولية المدنية: التعاقدية والتقصيرية) في ضوء الفقه وأحكام محكمة النقض، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، دط، دت.
- 215- محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، القاهرة، 1957م.
- 216- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دط، دت.
- 217- محمد رايس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، دط، 2007م.
- 218- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط4، 2009م.
- 219- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عيم مليلة، الجزائر، ط1، 2008م.
- 220- محمد علي عمران، شرح أحكام عقد الإيجار في القانون المصري، دار النهضة العربية، 1978م.
- 221- محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول، المطبعة العالمية، القاهرة، طبعة- 1962م.

- 222- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982م.
- 223- مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2009م.
- 224- مقدم سعيد، نظرية التعويض عن الضرر المعنوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1992م.
- 225- نبيل مدحت سالم، الخطأ غير العمدي-دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم غير العمدية-، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1984م.
- 226- هشام طه محمود سليم، العقود المسماة، بالتطبيق على عقد البيع وعقد الإيجار في ضوء أحكام كل من القانون المدني المصري والقانون المدني البحريني، 2014.
- 227- هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، (1436هـ-2015م).
- 228- وفاء أبو جميل، الخطأ الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دط، 1993م.
- 229- يمينة حوحو، أحكام عقد الإيجار في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط1، (1443هـ-2021م).

عاشرا: الرسائل العلمية الجامعية والمقالات الأكاديمية

- 230- إبراهيم بن عبد الرحمان بن إبراهيم العروان، الإكراه وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي،-رسالة ماجستير، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، 1403هـ.
- 231- إبراهيم شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد26-العدد02، كلية الشريعة، جامعة دمشق، 2010.
- 232- أحمد شحدة علي أبو سرحان، أثر فوات محل العقد في المعاملات المالية في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله، كلية الدراسات العليا،-الجامعة الأردنية، 2006.
- 233- أحمد محمد عبد الرحمان الزرقا، مسؤولية الناقل البري في عقد نقل الأشياء، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، 1981.

- 234- بكر بن عبد الله أبو زيد، بحث عقد الاستصناع ، المكتبة الشاملة الذهبية، ص18.
- 235- بشير محمد، مقومات عقد الشركة وجزاء الإخلال بها في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد05، جامعة زيان عاشور، الجلفة.
- 236- بن دراج محمد سنوسي، وبونوة محمد، الاعتبار الشخصي والمالي للشركة التجارية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2020.
- 237- تيرس مراد، الخطأ الشخصي كسبب لتسريح العامل-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011.
- 238- حسام بوحجر، الحماية الجنائية للشركات التجارية في التشريع الجزائري والمقارن، أطروحة دكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-1-الحاج لخضر، 2017/2018.
- 239- حسن رحيم، القرض الحسن كأسلوب للتمويل في الاقتصاد الإسلامي ومشكلة تغير قيمة النقد عبر الزمن، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات المقارنة، الصراط، الجزائر، العدد: 06، السنة الثالثة، سبتمبر 2002م.
- 240- حسن علي الشاذلي، الاستصناع وموقف الفقه الإسلامي منه في صورة عقد استصناع أو عقد سلم، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م).
- 241- حنان بخيت سيد أحمد، أثر انقضاء الشركة على حقوق الأطراف في القانون، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، العدد24، كلية القانون، جامعة النيلين، السودان.
- 242- زهرة بن عبد القادر وفغرو رابح، الخطأ الطبي بين الشريعة والقانون، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد02-العدد08، كلية الحقوق، جامعة عباس لغرور، خنشلة، جوان 2017.
- 243- ساعو فريال، وبايو رانية، المسؤولية التضامنية في الشركة، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2022.

- 244- سنيسنة فضيلة، شركات الأشخاص التجارية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، 2018/2017.
- 245- شيخ نسيم، التكيف الفقهي لعقد المقاول، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 03، المركز الجامعي عين تموشنت، الجزائر، سبتمبر 2013.
- 246- عبد الرزاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المملكة العربية السعودية، (1388هـ-1968م).
- 247- علاوة هوام، الرهن الحيازي في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2008/2007م.
- 248- علي السالوس، الاستصناع، مجلة المجمع الفقهي، مكة المكرمة، السعودية، ط1، دت.
- 249- علي حمدوني، تأمين أضرار الحريق الناجم عن مسؤولية المؤجر ومستأجره، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30-العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، ديسمبر 2019.
- 250- علي محي الدين القره داغي، الإجارة على منافع الأشخاص-دراسة فقهية مقارنة-في الفقه الإسلامي وقانون العمل، بحث مقدم للدورة الثامنة عشرة للمجلس الأوربي للإفتاء والبحوث، (1429هـ-2008م).
- 251- علي محي الدين القره داغي، عقد الاستصناع ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م).
- 252- عليان ديهية، الاعتبار الشخصي في شركات الأشخاص-مظاهره وآثاره، مذكرة ماستر في القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2021.

- 253- عمرون محمد، الاعتبار الشخصي والمالي في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، مذكرة
ماستر، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف،
المسيلة، 2017.
- 254- قمرأوي عز الدين، الأنماط الجديدة لتأسيس المسؤولية في المجال الطبي-دراسة مقارنة-،
رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2013/2012.
- 255- كميح حورية، تبعة هلاك الشيء المبيع في القانون المدني، أطروحة دكتوراه في القانون
الخاص، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2012/2011.
- 256- محمد أحمد علي أبو الشيخ، الأحكام الفقهية للإجارة الموصوفة في الذمة كما تقوم بها
المصارف الإسلامية، مجلة كلية الآداب، العدد 39، قسم الدراسات الإسلامية، كلية الآداب
بقنا، 2012.
- 257- محمد جيلالي، مسؤولية المقاول عن تدمر البناء في التشريع الجزائري، مجلة التعمير
والبناء، المجلد 03-العدد 03، مخبر تشريعات حماية النظام البيئي، جامعة ابن خلدون، تيارت،
سبتمبر 2013.
- 258- مريم طايبي، الإطار القانوني لعقد المقاول وآثاره في ظل التشريع الجزائري، مذكرة
ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،
الجزائر، 2014/2013.
- 259- مستوري محمد، التأمين التجاري: حقيقته وحكمه وبديله في الفقه الإسلامي، مجلة
الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي، تمنراست، العدد:
02، جوان 2012م.
- 260- مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية
المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م).
- 261- مصطفى كمال التازري، الاستصناع والمقاولات في العصر الحاضر، مجلة مجمع الفقه
الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني، (1412هـ-1992م).

262- منصورى محمد لعروسى، نظام الرهن الحىازى العقارى فى القانون المدينى الجزائرى، رسالة ماجستير فى القانون: تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق-بن عكنون، جامعة الجزائر-1، 2013/2012م.

263- وائل محمد عربيات، نظرية العذر عند الحنفية وأثرها فى عقد الاستصناع، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36-العدد 02، عمادة البحث العلمى، الجامعة الأردنية، 2009.

حادى عاشر: الأوامر والقوانين والمراسيم والقرارات

264- الأمر 75-58 المؤرخ فى 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدينى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 78، مؤرخة فى 30 سبتمبر 1975م، المعدل والمتمم.

265- الأمر رقم 75-59 المؤرخ فى 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجارى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 101، مؤرخة فى 19 ديسمبر 1975، المعدل والمتمم.

266- التعلية رقم 03-2020 المؤرخة فى 02 أبريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

267- القانون المدينى الأردنى رقم (43) لسنة 1976، المنشور فى الجريدة الرسمية رقم العدد: 1457، ويُعمل به من تاريخ 01 جانفى 1977.

268- القانون رقم 88-14 المؤرخ فى 03 مايو 1988م، يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ فى 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدينى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 18، مؤرخة فى 04 مايو 1988م.

269- القانون رقم 90-11 المؤرخ فى 21 أبريل 1990م، يتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 17، مؤرخة فى 25 سبتمبر 1990م، المعدل والمتمم.

270- القانون رقم 05-10 المؤرخ فى 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الامر 75-58 المؤرخ فى 20 سبتمبر 1975م، والمتضمن القانون المدينى، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 44، مؤرخة فى 21 جوان 2005.

- 271- القانون رقم: 06-01 مؤرخ في 21 محرم 1427هـ، الموافق لـ 20 فبراير 2006م، المتضمن: قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية، العدد: 14، الصادرة بتاريخ: 08 مارس 2006م.
- 272- القانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، يعدل ويتمم الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 31، مؤرخة في 13 ماي 2007.
- 273- القانون رقم 18-11 المؤرخ في 02 يوليو 2018، والمتعلق بالصحة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 46، مؤرخة في 29 يوليو 2018.
- 274- القانون المدني الأردني، رقم 43 لسنة 1976م.
- 275- المرسوم التنفيذي رقم 92-276 المؤرخ في 06 يوليو 1992م، يتضمن مدونة أخلاقيات الطب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 52، مؤرخة في 08 يوليو 1992م.
- 276- المرسوم التشريعي رقم 08-93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 27، مؤرخة في 27 أبريل 1993.
- 277- قانون الالتزامات والعقود، ظهير 9 رمضان 1331هـ، الموافق لـ 12 أوت 1913.
- 278- قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م.
- 279- قانون رقم 0 المؤرخ في 09 مارس 1932، المتضمن قانون الموجبات والعقود اللبناني، الجريدة الرسمية للجمهورية اللبنانية، العدد 2642، مؤرخة في 11 أبريل 1932.
- 280- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1983/01/05، ملف رقم 29009، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1989، العدد 01.
- 281- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1989/11/15، ملف رقم 56493، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1990، العدد 02.
- 282- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1988/05/25، ملف رقم 53010، المجلة القضائية، المحكمة العليا - الجزائر، 1992، العدد 02.

283- نظام رقم 02-20 مؤرخ في 15 مارس 2020، يُحدّد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 16، مؤرخة في 24 مارس 2020.

فهرس الموضوعات

| الصفحة | الموضوع |
|--------|---|
| | الإهداء |
| | شكر وتقدير |
| أ-ح | مقدمة |
| 10 | الفصل التمهيدي: الإطار المفاهيمي لمفردات الدراسة |
| 10 | المبحث الأول: تعريف الأثر والهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 11 | المطلب الأول: تعريف الأثر في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 11 | الفرع الأول: تعريف الأثر في الفقه الإسلامي |
| 14 | الفرع الثاني: تعريف الأثر في القانون الجزائري |
| 14 | الفرع الثالث: المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني لمصطلح الأثر |
| 15 | المطلب الثاني: تعريف الهلاك في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 15 | الفرع الأول: تعريف الهلاك في الفقه الإسلامي |
| 16 | الفرع الثاني: تعريف الهلاك في القانون الجزائري |
| 17 | الفرع الثالث-المقارنة بين التعريف الفقهي والقانوني لمصطلح الهلاك |
| 18 | المبحث الثاني: مفهوم العقد والمعقود عليه والمعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 19 | المطلب الأول: تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 19 | الفرع الأول: تعريف العقد في الفقه الإسلامي |
| 20 | الفرع الثاني: تعريف العقد في القانون الجزائري |
| 23 | الفرع الثالث: المقارنة بين تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 25 | المطلب الثاني: تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 25 | الفرع الأول: تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي |
| 25 | الفرع الثاني: تعريف المعقود عليه في القانون الجزائري |

| | |
|----|--|
| 26 | الفرع الثالث: المقارنة بين تعريف المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 27 | المطلب الثالث: مفهوم المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 27 | الفرع الأول: تعريف المعاوضات وأقسامها في الفقه الإسلامي |
| 34 | الفرع الثاني: مفهوم المعاوضات في القانون الجزائري |
| 35 | الفرع الثالث: المقارنة بين مفهوم المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 39 | الفصل الأول: أثر هلاك المعقود عليه في البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 41 | المبحث الأول: تعريف البيع وتحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. |
| 41 | المطلب الأول: تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 41 | الفرع الأول: تعريف البيع في اللغة |
| 41 | الفرع الثاني: تعريف البيع في الاصطلاح |
| 42 | الفرع الثالث: تعريف البيع في القانون الجزائري |
| 42 | الفرع الرابع: المقارنة بين تعريف البيع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 43 | المطلب الثاني: تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 43 | الفرع الأول: تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في الفقه الإسلامي |
| 43 | الفرع الثاني: تحديد المعقود عليه في عقد البيع؛ في القانون الجزائري |
| 45 | المبحث الثاني: أثر هلاك المبيع والتمن قبل القبض وبعده؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 46 | المطلب الأول: مفهوم القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 46 | الفرع الأول: مفهوم القبض في الفقه الإسلامي |
| 49 | الفرع الثاني: مفهوم القبض أو التسليم في القانون الجزائري |
| 51 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مفهوم القبض وكيفية |
| 25 | المطلب الثاني: أثر هلاك المبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 52 | الفرع الأول: أثر هلاك المبيع قبل القبض في الفقه الإسلامي |

| | |
|----|---|
| 61 | الفرع الثاني: أثر هلاك المبيع قبل القبض في القانون الجزائري |
| 65 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المبيع قبل القبض |
| 67 | المطلب الثالث: أثر هلاك المبيع بعد القبض في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 67 | الفرع الأول: أثر هلاك المبيع بعد القبض في الفقه الإسلامي |
| 70 | الفرع الثاني: أثر هلاك المبيع بعد القبض في القانون الجزائري |
| 70 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في تبعة الهلاك بعد التسليم |
| 72 | المطلب الرابع: أثر هلاك الثمن في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 72 | الفرع الأول: أثر هلاك الثمن في الفقه الإسلامي |
| 74 | الفرع الثاني: أثر هلاك الثمن في القانون الجزائري |
| 76 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري في أثر هلاك الثمن |
| 77 | المبحث الثالث: خيار الشرط؛ وأثر هلاك المبيع في مدّته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 78 | المطلب الأول: مفهوم خيار الشرط في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني |
| 78 | الفرع الأول: تعريف خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 80 | الفرع الثاني: إثبات خيار الشرط في الفقه الإسلامي |
| 81 | الفرع الثالث: انتقال الملكية أثناء فترة الخيار في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 81 | المطلب الثاني: أثر هلاك المبيع في مدّة خيار الشرط في الفقه الإسلامي |
| 84 | المطلب الثاني: أثر هلاك المبيع في مدّة خيار الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 84 | الفرع الأول: أثر هلاك المبيع في مدّة خيار الشرط في الفقه الإسلامي |
| 86 | الفرع الثاني: أثر هلاك المبيع في مدّة خيار الشرط في القانون المدني الجزائري |
| 87 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري في أثر هلاك المبيع في مدّة خيار الشرط |

| | |
|-----|---|
| 89 | الفصل الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في الإجارة ؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 90 | المبحث الأول: مفهوم الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 91 | المطلب الأول: تعريف الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 91 | الفرع الأول: تعريف الإجارة في الفقه الإسلامي |
| 94 | الفرع الثاني: تعريف الإجارة في القانون الجزائري |
| 95 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تعريف الإجارة |
| 96 | المطلب الثاني: أركان الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 96 | الفرع الأول: أركان الإجارة في الفقه الإسلامي |
| 98 | الفرع الثاني: أركان الإجارة في القانون الجزائري |
| 99 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أركان الإجارة |
| 99 | المطلب الثالث: أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 99 | الفرع الأول: أنواع الإجارة في الفقه الإسلامي |
| 101 | الفرع الثاني: أنواع الإجارة في القانون الجزائري |
| 102 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أنواع الإجارة |
| 103 | المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأعيان في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 104 | المطلب الأول: أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 104 | الفرع الأول: أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي |
| 105 | الفرع الثاني: أثر الهلاك الكلي للعين المؤجرة في القانون الجزائري |
| 107 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الهلاك الكلي للعين المؤجرة |
| 108 | المطلب الثاني: أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 108 | الفرع الأول: أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في الفقه الإسلامي |
| 110 | الفرع الثاني: أثر الهلاك الجزئي للعين المؤجرة في القانون الجزائري |

| | |
|-----|--|
| 112 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في الهلاك الجزئي للعين المؤجرة |
| 113 | المطلب الثالث: مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 113 | الفرع الأول: مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في الفقه الإسلامي |
| 114 | الفرع الثاني: مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة في القانون الجزائري |
| 123 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة |
| 125 | المبحث الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأشخاص في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 126 | المطلب الأول: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 126 | الفرع الأول: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في الفقه الإسلامي |
| 128 | الفرع الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص، في القانون الجزائري |
| 131 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير الخاص |
| 131 | المطلب الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 131 | الفرع الأول: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في الفقه الإسلامي |
| 134 | الفرع الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك، في القانون الجزائري |
| 140 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في إجارة الأجير المشترك |
| 141 | المطلب الثالث: مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 141 | الفرع الأول: مسؤولية الطبيب العقدية في الفقه الإسلامي |
| 150 | الفرع الثاني: مسؤولية الطبيب العقدية في القانون الجزائري |

| | |
|-----|--|
| 156 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في مسؤولية الطبيب العقدية |
| 157 | الفصل الثالث: أثر هلاك المعقود عليه في الشركات؛ في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 158 | المبحث الأول: مفهوم الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 159 | المطلب الأول: تعريف الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 159 | الفرع الأول: تعريف الشركات في الفقه الإسلامي |
| 165 | الفرع الثاني: تعريف الشركات في القانون الجزائري |
| 166 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في تعريف الشركات |
| 167 | المطلب الثاني: أركان الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 167 | الفرع الأول: أركان الشركة في الفقه الإسلامي |
| 167 | الفرع الثاني: أركان الشركة في القانون الجزائري |
| 168 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أركان الشركة |
| 169 | المطلب الثالث: أنواع الشركات في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 169 | الفرع الأول: أنواع الشركات في الفقه الإسلامي |
| 171 | الفرع الثاني: أنواع الشركات في القانون الجزائري |
| 175 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أنواع الشركات |
| 176 | المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة وضمأن ما لها في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 177 | المطلب الأول: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري: |
| 177 | الفرع الأول: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة في الفقه الإسلامي |
| 180 | الفرع الثاني: أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ عقد الشركة في القانون الجزائري |
| 183 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه على انفساخ الشركة |

| | |
|-----|---|
| 184 | المطلب الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 184 | الفرع الأول: أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في الفقه الإسلامي |
| 188 | الفرع الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة في القانون الجزائري |
| 192 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المعقود عليه في ضمان مال الشركة |
| 194 | الفصل الرابع: أثر هلاك المعقود عليه في السَّلْم والاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 195 | المبحث الأول: أثر هلاك المعقود عليه في عقد السَّلْم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. |
| 196 | المطلب الأوّل: مفهوم السَّلْم في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 196 | الفرع الأوّل: مفهوم السَّلْم في الفقه الإسلامي |
| 199 | الفرع الثاني: مفهوم السَّلْم في القانون الجزائري |
| 201 | المطلب الثاني: أثر هلاك المُسَلِّم فيه في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 201 | الفرع الأول: أثر هلاك المُسَلِّم فيه في عقد السَّلْم في الفقه الإسلامي |
| 207 | الفرع الثاني: أثر هلاك المُسَلِّم فيه في عقد السَّلْم في القانون الجزائري |
| 208 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في أثر هلاك المُسَلِّم فيه في عقد السَّلْم |
| 210 | المبحث الثاني: أثر هلاك المعقود عليه في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري. |
| 211 | المطلب الأوّل: مفهوم عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 211 | الفرع الأوّل: مفهوم الاستصناع في الفقه الإسلامي |
| 223 | الفرع الثاني: مفهوم الاستصناع في القانون الجزائري |
| 224 | المطلب الثاني: هلاك الشيء المصنوع في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري |
| 224 | الفرع الأول: هلاك الشيء المصنوع في عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي |

| | |
|-----|---|
| 229 | الفرع الثاني: هلاك الشيء المصنوع في القانون الجزائري |
| 232 | الفرع الثالث: المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري في أثر هلاك المصنوع |
| 235 | الخاتمة |
| 244 | فهرس الآيات القرآنية |
| 247 | فهرس الأحاديث النبوية والآثار |
| 248 | فهرس الأعلام |
| 249 | قائمة المصادر والمراجع |
| 276 | فهرس الموضوعات |
| 285 | ملخص البحث بالعربية |
| 287 | ملخص البحث بالانجليزية |
| 291 | ملخص البحث بالفرنسية |

المملخصات

*ملخص البحث باللغة العربية.

*ملخص البحث باللغة الانجليزية.

*ملخص البحث باللغة الفرنسية.

ملخص البحث بالعربية

وُسِّمَت هذه الدّراسة بـ: «أثر هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري»، وهي عبارة عن دراسة منهجية تهدف إلى بيان المكانة التي حظيت بها الالتزامات التعاقدية، وبيان آثار انقضاء أثر مقوماتها في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، وهذه الدّراسة مرتبطة ارتباطاً مباشراً بتعاملات المسلمين اليومية، وعلاقتهم التعاقدية المالية، التي ليس لهم غنى عنها، مع ما يشهده العالم اليوم من تقلبات واضطرابات ونكبات؛ كالزلازل والفيضانات والأعاصير والحرائق والحروب وحوادث السير، التي تُفضي إلى هلاك الشيء المعقود عليه.

وقد جاءت هذه الدّراسة لتعالج مدى تأثير هلاك المعقود عليه في عقود المعاوضات في العلاقة التعاقدية، وفي التزامات أطرافها، معتمدة في ذلك على استخدام المنهج العلمي المركّب من الاستقراء والتحليل والمقارنة.

ومن خلال هاته الدّراسة تبين أنّ الفقه الإسلامي والقانون المدني متفقين في الأسباب المؤدّية إلى الهلاك؛ وهي الآفة السماوية أو ما يُعرف في القانون بالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي، والفعل المادّي للإنسان، وأنّ محلّ العقد المزدوج في عقد البيع في القانون المدني الجزائري يتوافق مع رأي المالكية والشافعية؛ الذين يرون أنّ المعقود عليه في عقد البيع يشمل المبيع والثلث، كما أنّ القانون المدني الجزائري يتفق مع مذهب الحنفية، والشافعية، والحنابلة-في رواية-؛ في حالة الهلاك الكلّي للمبيع قبل القبض بآفة سماوية (القوة القاهرة أو الحادث الفجائي)؛ حيث أنّهم قرّروا انفساخ عقد البيع، وأنّ ضمان المبيع من البائع، وأنّ الثلث ساقط عن المشتري، وفي حالة الهلاك الكلّي للمبيع من طرف البائع قبل التسليم؛ فإنّ القانون المدني الجزائري يتوافق مع مذهب الحنفية والشافعية، الذي قرّر بطلان البيع وسقوط الثلث عن المشتري، إلا أنّ القانون المدني الجزائري أعطى الحقّ للمشتري في طلب التعويض عمّا أصابه من ضرر، ويتوافق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في حالة هلاك المبيع-هلاكا كلياً- قبل التسليم من طرف المشتري؛ فإنّ البيع لا يفسخ، والمشتري مسؤول عن خطئه، ويلتزم بدفع كلّ الثلث، كذلك يتفق القانون المدني الجزائري مع الفقه الإسلامي في تحميل البائع تبعه هلاك الشيء المبيع قبل القبض زمن الخيار، لارتباط تبعه الهلاك بالتسليم.

كما أنّ فكرة خيار الشرط في الفقه الإسلامي يقابلها ما يسمى بالبيع بشرط التجربة والبيع بشرط المذاق في القانون المدني، وأنّ هذا الأخير الذي جعل الضمان على المشتري في حالة هلاك المبيع بسبب أجنبي عند اتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمنا على اعتبار البيع بشرط التجربة معلقا على شرط فاسخ؛ يتوافق مع اتجاه الحنفية والشافعية والحنابلة، الذي يجعل ضمان المبيع على المشتري، في حالة الهلاك بعد القبض زمن الخيار.

وفي حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً قبل التسليم؛ فإنّ فقهاء القانون المدني متفقون مع فقهاء الشريعة الإسلامية في تقرير انفساخ الإجارة، والحكم نفسه في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة بعد التسليم، إلا إذا كان الهلاك بسبب إهمال المستأجر أو خطئه، كان عليه الضمان بالتعدي؛ وتعويض المؤجر عما لحقه من ضرر، كما يتوافق القانون المدني مع الفقه الإسلامي-بصفة مجملة- في ثبوت الخيار للمستأجر في حالة هلاك العين المؤجرة هلاكاً جزئياً، إلا أنّ القانون المدني الجزائري يشترط في الهلاك الجزئي الذي يثبت به الخيار للمستأجر؛ أن يكون جسيماً، يجعل العين المؤجرة في حالة لا تصلح للاستعمال الذي أعدت من أجله، أو أدى هذا الهلاك إلى نقص هذا الاستعمال نقصاً معتبراً، وهذا المسلك يتماشى مع مذهب المالكية والشافعية والحنابلة، وبالنسبة لضمان الأجير الخاص؛ فإنّ القانون الجزائري أخذ باتجاه جمهور الفقهاء؛ الذي يرى أنّ الأجير أمين؛ فلا ضمان على ما هلك تحت يده إلا بالتفريط أو التعدي، وهذا ما عبّر عنه القانون بالخطأ الجسيم، وفي حالة وقوع الهلاك من غير تعدّ وتفريط من الأجير المشترك؛ فإنّ الفقهاء اختلفوا في تضمينه وتحميله تبعه الهلاك؛ فمنهم من جعل يده يد ضمان، ومنهم من رأى أنّ يده يد أمانة، لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وهذا الرأي الأخير يتوافق مع القانون المدني؛ الذي اعتبر يد المقاول يد أمانة؛ فلا يضمن إلا إذا تعدّى، بعد بذله عناية الشخص المعتاد، أو تجاوز المألوف المعتاد.

وبالنسبة لهلاك محلّ الشركة قبل الخلط، فإنّ الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا بانفساخها، خلافاً للمالكية، وفي حالة الهلاك بعد الخلط؛ فإنّ المالكية والحنابلة قالوا بعدم انفساخها، خلافاً للحنفية والشافعية، إلا أنّ الحنفية تحدّثوا عن هلاك بعض المال بعد الخلط، وقرّروا عدم بطلانها، وفي القانون تنفسخ الشركة وتنقضي بهلاك جميع مالها أو جزء كبير منه، وهذا يتوافق مع رأي جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة).

Abstract

The dissertation is entitled “**The effect of terminated agreed-upon terms in commutative contracts: A comparative study between the Islamic jurisprudence and the Algerian law**”. This systematic study brings to the limelight the status of contractual commitments and the effects of rescinding their fundamental constituents in Islamic law as well as positive law. Furthermore, the study takes into account the indispensable financial dealings, and the contractual financial relations of Muslims on a daily basis, in light of the diverse conditions and events of what the contemporary world is witnessing today, including currency fluctuations, crises, wars, traffic accidents, and natural disasters; such as earthquakes, floods, hurricanes, and fires, which substantially contribute in terminating the agreed-upon terms.

The study, therefore, seeks to examine the impact of terminating these agreed-upon terms within commutative contracts in contractual relations, as well as the commitments of its parties, using complex scientific methods of extrapolation, analysis, and comparison.

Findings reveal that Islamic jurisprudence and Algerian civil law agree on the causes that lead to the termination, which might be due to inborn disabilities or what is also known in legal provisions as force majeure or sudden accident, and the material act of man, and that the place of the double contract of sale in the Algerian civil law is consistent with the views of the Maliki and Shafi'i schools; holding that the agreed-upon terms within sale contracts include the sale and the price, noting that the Algerian civil law agrees with the Hanafi, Shafi'i, and the Hanbali schools - in a narration -; As for the complete termination of the sold property prior an inborn disability

(force majeure or sudden accident); Since they are factors to decide the termination of the sale contract, and that the guarantee of the sale is decided by the seller, whereas the price is forfeited by the buyer. Regarding the complete termination of the sale by the seller before delivery; Algerian civil law agrees with the Hanafi and Shafi'i schools, which hold that the sale is invalid and a price fall clause shall take place therein, However, the Algerian civil law allows the buyer to seek a refund for any complained damage, whereas the Algerian civil law agrees with the Islamic jurisprudence in the event of losing the sale - a complete termination - prior to delivery by the Buyer; The sale is not rescinded, and the buyer takes full responsibilities for his mistake and is obligated to pay the full cost. In a similar vein, the Algerian civil law agrees with the Islamic jurisprudence in making the seller responsible for the loss of the thing sold before the possession, because it is related to the delivery.

More than that, the concept of the option in Islamic jurisprudence corresponds to what is called the sale on the condition of experience and the sale on the condition of tasting in civil law, which makes the guarantee on the buyer in case of the sold loss due to an external reason when the contracting parties agreed explicitly or implicitly to consider the sale on the condition of experience pending on a rescinding condition; These terms are in harmony with the Hanafi, Shafi'i and the Hanbali views, which make the purchaser liable for the sale, in the event of loss after taking possession of the option.

If the leased property is completely terminated before delivery; The jurists of the civil law agree with the jurists of Islamic law to determine the termination of the lease, and the same thing applies to the leased property after

delivery in case of a complete termination, unless the loss is due to either the negligence or the fault of the tenant, in this instance, he is to guarantee that by infringement; and refunding the lessee for the complained damage, as the civil law is compatible with Islamic jurisprudence -by and large- in establishing the option for the tenant in the case of partial leased property loss, except that the Algerian civil law stipulates in the partial loss that the option is proven to the tenant; If it is serious and grave, it makes the leased property in an unsuitable state, or when this loss leads to a serious loss. The Algerian law agrees with the vast majority of jurists; who think that when the tenant is honest, there is no need to guarantee what has been lost under his hand except by negligence or transgression, and this is considered by the law as a grave mistake. If a loss has occurred without transgression or negligence from the multi-tenant; The jurists differed in the way of who to include and who to hold responsible for the termination.

Some of them view they should render him as a trusting hand, and some of them view that his hand is already a trusting hand, which could only be guaranteed by infringement or negligence, and this view is in harmony with the civil law, that holds the contractor's hand is a trusting hand; It is not guaranteed unless the contractor transgresses, after exerting the care of the usual person, or exceeds the usual norm.

Unlike the Maliki school, Hanafi, Shafi'i, and Hanbali schools believe that the desolation of the partnership before mixing should be dissolved, whereas in the case of terminating after mixing; The Maliki and the Hanbali schools believe that it should not be dissolved, the Hanafis and Shafi'is, except that the Hanafis take into account the loss of some money after mixing, and believe that it

should not be invalidated. By the force of the law, the partnership is technically dissolved and invalidated if all its money or a large sum of it is terminated. This goes hand in hand with the majority of the jurists' schools namely: Hanafi, Shafi'i, and Hanbali.

Résumé

La thèse s'intitule « **L'effet des clauses convenues résiliées dans les contrats commutatifs : une étude comparative entre la jurisprudence islamique et le droit algérien** ». Cette étude systématique surligne le statut des engagements contractuels et les effets de l'abrogation de leurs constituants fondamentaux en droit islamique comme en droit positif. En outre, l'étude prend en compte les transactions financières indispensables et les relations financières contractuelles des musulmans au quotidien, à la lumière des diverses conditions et événements de ce que le monde contemporain connaît aujourd'hui, comme les fluctuations monétaires, les crises, les guerres, la circulation accidents et catastrophes naturelles; comme les tremblements de terre, les inondations, les ouragans et les incendies, qui contribuent considérablement à mettre fin aux conditions convenues.

L'étude vise donc à examiner l'impact de la résiliation de ces termes convenus dans les contrats commutatifs dans les relations contractuelles, ainsi que les engagements de ses parties, en utilisant des méthodes scientifiques complexes d'extrapolation, d'analyse et de comparaison.

Les résultats révèlent que la jurisprudence islamique et le droit civil algérien s'accordent sur les causes qui conduisent au licenciement, qui peuvent être dues à des infirmités innées ou à ce que l'on appelle aussi dans les contextes juridiques la force majeure ou l'accident soudain, et le fait matériel de l'homme, et que la place du double contrat de vente dans le droit civil algérien est conforme aux vues des écoles Malikite et Shaféite ; considérant que les clauses convenues dans les contrats de vente comprennent la vente et le prix, notant que le droit civil algérien est en accord avec les écoles Hanafite,

Shaféite et Hanbalite - dans un récit - ; Quant à la résiliation complète du bien vendu antérieurement à une invalidité innée (force majeure ou accident soudain) ; Puisqu'ils sont des facteurs qui peuvent décider la résolution du contrat de vente, et que la garantie de la vente est décidée par le vendeur, alors que le prix est perdu par l'acheteur.

Concernant la résolution complète de la vente par le vendeur avant la livraison ; Le droit civil algérien est d'accord avec les écoles Hanafite et Shaféite, qui considèrent que la vente est nulle et qu'une clause de baisse de prix doit y avoir lieu. Cependant, le droit civil algérien permet à l'acheteur de demander le remboursement de tout dommage allégué, alors que le droit civil algérien s'accorde avec la jurisprudence islamique en cas de perte de la vente - une résiliation complète - avant la livraison par l'acheteur ; La vente n'est pas résolue et l'acheteur assume l'entière responsabilité de son erreur et est tenu d'en payer l'intégralité.

Dans le même ordre d'idées, le droit civil algérien rejoint la jurisprudence islamique en rendant le vendeur responsable de la perte de la chose vendue avant la prise de possession, car liée à la délivrance.

Plus que cela, la notion d'option dans la jurisprudence islamique correspond à ce qu'on appelle la vente sous condition d'expérience et la vente sous condition de dégustation en droit civil, qui rend la garantie sur l'acheteur en cas de perte due à la vente à un motif extérieur lorsque les contractants sont convenus explicitement ou implicitement d'envisager la vente sous condition d'expérience sous condition résolutoire ; Ces termes sont en harmonie avec les vues Hanafite, Shaféite et Hanbalite, qui rendent l'acheteur responsable de la

vente, en cas de perte après la prise de possession de l'option.

Si le bien loué est complètement résilié avant la livraison ; Les juristes de droit civil s'accordent avec les juristes de droit musulman pour déterminer la résiliation du bail, et il en va de même pour le bien loué après livraison en cas de résiliation totale, sauf si le préjudice est dû soit à la négligence, soit à la faute. faute du locataire, dans ce cas, il n'est tenu de garantir que par contrefaçon ; et le remboursement au locataire du dommage réclamé, le droit civil étant compatible avec la jurisprudence islamique -dans l'ensemble- en établissant l'option pour le locataire en cas de perte partielle des biens loués, sauf que le droit civil algérien stipule dans la perte partielle que l'option est avérée au locataire ; S'il est grave et grave, il rend le bien loué dans un état impropre, ou lorsque ce sinistre entraîne un préjudice grave. La loi algérienne est d'accord avec la grande majorité des juristes ; qui pensent que lorsque le locataire est honnête, il n'est pas nécessaire de garantir ce qui a été perdu sous sa main, sauf par négligence ou transgression, ce qui est considéré par la loi comme une faute grave.

Si un sinistre s'est produit sans transgression ou négligence du multi-locataire ; Les juristes différaient quant à savoir qui inclure et qui tenir pour responsable du licenciement. Certains d'entre eux estiment qu'ils devraient le rendre comme une main de confiance, et certains d'entre eux estiment que sa main est déjà une main de confiance, qui ne peut être garantie que par une infraction ou une négligence, et cette opinion est en harmonie avec le droit civil, qui tient la main de l'entrepreneur est une main confiante ; Elle n'est pas garantie sauf si l'entrepreneur transgresse, après avoir exercé les soins de la personne

habituelle, ou dépasse la norme habituelle. Contrairement à l'école Malikite, les écoles Hanafite, Shaféite et Hanbalite estiment que la désolation du partenariat avant le mélange doit être dissoute, alors que dans le cas de la résiliation après le mélange; Les écoles Malikite et Hanbalite estiment qu'il ne faut pas le dissoudre, les Hanafite et les Shaféite, sauf que les Hanafite tiennent compte de la perte d'un peu d'argent après mélange, et estiment qu'il ne faut pas l'invalider. De par la force de la loi, le partenariat est techniquement dissous et invalidé si tout son argent ou une grande partie de celui-ci est résilié. Cela va de pair avec la majorité des écoles de juristes, à savoir : Hanafite, Shaféite et Hanbalite.